Die

Mora des Schuldners

nach

Römischem und heutigem Recht

von

Dr. Karl Friedrich Ferdinand Kniep,
Advocaten in Rostock.

difficilis est hujus rei definitio.

Erster Band.

Rostock.
Stiller'sche Hofbuchhandlung.
(Hermann Schmidt.)
1871.

Druck von Adler's Erben.

Bereits seit längerer Zeit hatte ich mein Augenmerk auf die Mora des Schuldners gerichtet, die mir in jeder Beziehung einer neuen Bearbeitung zu bedürfen schien. Freilich ahnte ich kaum, als ich anfing zu schreiben, daß ich das gesammelte Material nicht einmal in einem Bande würde bewältigen können. Und doch bin ich bemüht gewesen, nur das Hauptsächliche herauszugreifen, mich namentlich nirgends in Nebenfragen zu verlieren.

Rostock, den 27. März 1871.

Literatur.

I. Die Glosse.

Die Hauptstelle ist die Glosse ad legem Mora (32) de usuris 22, 1.

II. Aemylius Ferretus oder **Ferrettus** († 1552).

Sein libellus singularis de mora erschien 1550 und öfter z. B. 1586.

Auch findet sich derselbe abgedruckt in der Venetianischen Tractatensammlung von 1584, Tom. VI, pars 2, fol. 414—417; so wie in der bei Palthenius zu Frankfurt 1598 in Quart erschienenen Gesammtausgabe seiner Werke, Abtheilung III., pag. 150—164.

III. Antonius Contius († 1577).

Sein tractatus de diversis morae generibus ist abgedruckt in der von Merillius veranstalteten Gesammtausgabe seiner Werke, Parisiis 1626, Quart, pag. 537—564.

IV. Hugo Donellus († 1591).

Derselbe beschäftigt sich mit unserm Gegenstande vornämlich in seinem Commentare ad titulum Dig. de Usuris Cap. V, mit der Ueberschrift de Mora, in den opera omnia, Lucae 1762—1770, Tom. X col. 1427—1458.

V. Carl Otto v. Madai, die Lehre von der Mora, Halle 1837.

Vgl. dazu Schilling in Richter's kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrgang 1838, S. 218—288.

VI. Carl Wilhelm Wolff, zur Lehre von der Mora, Göttingen 1841.

Vgl. dazu Benfey in der Allgemeinen Literatur-Zeitung, Jahrgang 1842, III. Sp. 365 fgg.

VII. Friedrich Mommsen, die Lehre von der Mora, Braunschweig 1855. Dritte und letzte Abtheilung seiner Beiträge zum Obligationenrecht.

Vgl. dazu Windscheid in der Heidelberger Kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, 1856, Band III., S. 253—278.

Sämmtliche angeführte Schriftsteller erörtern freilich nicht bloß die Mora des Schuldners, sondern auch die Mora des Gläubigers, obwohl freilich die letztere meistens sehr in den Hintergrund tritt.

Im Obigen habe ich mich darauf beschränkt, die hauptsächlicheren Gesammtdarstellungen über unsern Gegenstand, wenn dieser Ausdruck auf die Glosse schon passen dürfte, anzuführen. Sonstige Literatur findet man zusammengestellt bei v. Madai a. a. O. Vorrede S. V—XIV; Koch, das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, Band I., § 31, S. 341; Wolff a. a. O. S. 1, 2; und v. Vangerow, Pandekten, Bd. III., § 588, siebente Auflage S. 182, 183.

An Schriften, welche ich nirgends angeführt gefunden habe, sind mir aufgestoßen:

1) Georg. Andr. Meier (sub praes. Val. Riemeri). Anatomia tractatus de mora eximii a Dom. Arumaeo — conscribti. Gerae 1630.

2) Valenus Swaen (sub praesidio Jacobi Vallan), disputatio juridica inauguralis de mora. Trajecti ad Rhenum, 1709.

3) Wittich, H. G., de jure ob moram resiliendi a pactis, lege commissoria etsi haud adjecta. Gottingae 1799.

4) Klempien, J. C. A., de mora alterius contrahentis alterum liberante. Rostochii 1830.

5) Beckendorff, Fr. G., dies interpellat pro homine. Heidelbergae 1835.

6) Augustus Jordan, de morae indole atque natura, Halis Saxonum 1854.

Eine vollständige Zusammenstellung der Literatur scheint v. Madai angestrebt zu haben. Allein während er es im ganzen mit den Schriften, die er gar nicht einmal selber eingesehen, sondern nur anderswo angeführt gefunden, auf nicht mehr als 27 gebracht hat; sind ihm meines Wissens wenigstens 15 entgangen. Darunter die unter 1—5 genannten. Die übrigen zehn findet man entweder bei Wolff oder bei Koch angeführt.

Inhalts-Uebersicht.

Erster Abschnitt.

Sprachgebrauch.

Zweiter Abschnitt.

Seite

Mora im engern und weitern Sinne.

Dritter Abschnitt.

Seite

Gebiet der Mahnung.

Vierter Abschnitt.

Voraussetzungen der Mahnung.

Einleitung.

Erste Abtheilung.

Personen, für und gegen welche die Mahnung wirkt.

Zweite Abtheilung.

Angebliche Voraussetzungen in der Person des Schuldners.

Vierte Abtheilung.

Beschaffenheit der Mahnung.

Erster Abschnitt.

Sprachgebrauch.

§ 1.

Sprachgebrauch im Allgemeinen.

Für Mora gebrauchen wir auch den deutschen Ausdruck Verzug. Im Corpus Juris dient zur Bezeichnung der Mora des Schuldners gewöhnlich das Wort mora, mitunter frustratio [1]), ferner factum [2]), ein einziges Mal culpa [3]).

Im Verzuge sein heißt: morari [4]), cessare [5]), stare per aliquem quominus [6]), fieri per aliquem quominus [7]). Häufiger werden aber Verbalverbindungen mit mora gebraucht; so sagt man: moram facere [8]), in mora esse [9]), moram esse per aliquem [10]) u. dgl. m. Ferner kommen Zusammenstellungen vor, wie: mora intervenit [11]), mora intercedit [12]), moram pati [13]) u. dgl. m.

---

1) fr. 37, Mand. 17, 1. fr. 3, § 4, Us. 22, 1.

2) fr. 58, § 1 de fidejus. 46, 1.

3) fr. 91, § 3. V. O. 45, 1, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris.

4) fr. 84, Leg. II; fr. 91, § 1, 3, V. O. 45, 1.

5) fr. 72, § 1. Sol. 46, 3. fr. 47 de usufr. 7, 1.

6) fr. 23. V. O. 45, 1.

7) fr. 5. R. C. 12, 1.

8) fr. 24 pr. Us. 22, 1 und sehr oft.

9) fr. 49 pr. V. O. 45, 1 und öfter.

10) fr. 51 pr. A. E. V. 19, 1.

11) fr. 87, § 1, Leg. II.

12) fr. 47, A. E. V. 19, 1.

13) fr. 35 pr. Leg. III.

Was die Ausdrucksweisen stare und fieri per aliquem, quominus so wie den Ausdruck factum anbetrifft, so ist zu bemerken, daß sie technisch nicht bloß für die Mora, sondern auch für die Contractsculpa gebraucht werden[14]), wie denn ja auch der Ausdruck culpa selber einmal die mora mit umfaßt[15]).

Sämmtliche Ausdrücke, die im Corpus Juris zur Bezeichnung der technischen Mora dienen, kommen indes häufig auch in gewöhnlicher Bedeutung vor. Es ist also bei Benutzung der Quellenstellen große Vorsicht nöthig. Nicht überall, wo man auf einen dieser Ausdrücke stößt, darf man ohne weiteres auf eine technische Mora schließen.

Ausreichende Regeln darüber, wann einer dieser Ausdrücke im gewöhnlichen, wann im technischen Sinne zu nehmen sei, lassen sich nicht aufstellen. Nur so viel läßt sich sagen: sobald einer der betreffenden Ausdrücke, z. B. mora, als Inbegriff bestimmter gesetzlicher Wirkungen dasteht, ist er technisch zu nehmen. Wann dies der Fall, muß sich aus dem Zusammenhange ergeben.

Vgl. fr. 24, § 1, Us. 22, 1.

Quum reus moram facit, et fidejussor tenetur.

Hier heißen die Worte quum reus moram facit nicht blos schlechthin: wenn der Hauptschuldner zögert, sondern: wenn der Hauptschuldner so zögert, daß bestimmte gesetzliche Wirkungen eintreten. Der Sinn der Stelle ist dann der, daß diese Wirkungen auch den fidejussor treffen. Zu dieser Erkenntniß kommen wir aber lediglich durch den Zusammenhang der Stelle. An und für sich können die Worte quum reus moram facit sich auch auf einen Schuldner beziehen, der nur im gewöhnlichen Sinne des Wortes zögert.

Vgl. ferner fr. 82, § 1, V. O. 45, 1.

Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus proinde, ac si homo viveret; et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere.

Hier soll mit den Worten moram videtur fecisse ausgedrückt werden, daß auch qui litigare maluit, quam restituere für Zufall hafte, wie dies aber nur aus dem Zusammenhange geschlossen werden kann.

---

[14]) fr. 23. V. O. 45. 1; fr. 5. R. C. 12, 1; fr. 58, § 1 de fidej. 46, 1; fr. 18 de duobus reis 45, 2; fr. 91, § 4. V. O. 45, 1; fr. 95, § 1, Sol. 46, 3.

[15]) siehe oben Anm. 3.

Interessant ist namentlich fr. 24, pr. Us. 22, 1.

Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram.

Hier ist mora in einem Athemzuge in technischer und gewöhnlicher Bedeutung gebraucht. Man erräth diese doppelte Bedeutung von Mora aber nur aus dem Zusammenhange, da weder die eine noch die andere Mora sprachlich besonders gekennzeichnet ist.

Die Schwierigkeiten, mit denen die Lehre von der Mora zu kämpfen hat, sind zum nicht geringen Theile dem Umstande zuzuschreiben, daß die Ausdrücke, bezw. Ausdrucksweisen, welche zur Bezeichnung der technischen Mora dienen, häufiger in gewöhnlicher Bedeutung vorkommen. Dies gilt namentlich von den Ausdrücken mora und morari. Mit den gewöhnlichen Bedeutungen dieser Ausdrücke will ich mich hier etwas näher beschäftigen. Denn nur, wenn man ein Wort in allen seinen Bedeutungen kennen gelernt hat, vermag man mit einiger Sicherheit zu beurtheilen, wo es technisch gebraucht ist, und wo nicht.

Morari hat eine transitive und intransitive Bedeutung.

Intransitiv gebraucht heißt es: zögern, verziehen, säumen, verweilen, sich aufhalten.

fr. 1, § 3, de lib. exh. 43, 30.

apud quam (matrem) interdum magis, quam apud patrem morari filium debere.

fr. 5, § 1, Ut in poss. leg. 36, 3.

si petitionis dies moraretur „wenn der Tag der Klaganstellung sich hinzögerte.“

Verg. Aen. II, 102.

Quidve moror? „Was halte ich mich auf?“

Im transitiven Sinne bedeutet morari: aufhalten, verzögern, warten lassen.

fr. 36 pr. de fid. lib. 40, 5.

neque hi, quos religio, — — aut similis causa moretur, Rubriano Senatus consulto continentur.

fr. 7, § 4, de dote praeleg. 33, 4.

cautionis enim praestandae necessitas solutionem moratur.

Plautus Aul. II, 2, 5.

ne affinem morer.

Caesar B. G. VII, 40.
agmen Aeduorum conspicatus, immisso equitatu, iter eorum moratur atque impedit.

Der intransitiven Bedeutung von morari entsprechend heißt mora Verzug.

fr. 26, § 4, nox. act. 9, 4.
si moram feceris in judicio accipiendo.

fr. 56 pr. J. D. 23, 3.
neque maritus in agendo moram fecisset, — — — etiam si moram maritus fecerit in exigendo[16]).

Sine mora, nec mora, haud mora heißt unverzüglich[17]).

Dem Transitivum morari entspricht bei mora die Bedeutung: Verzögerung, Hindernis, Aufschub.

fr. 5 de off. praef. I, 16.
Proconsul — si necessariam moram in itinere patiatur.

fr. 7, § 1, H. P. 5, 3.
non debere moram fieri servituti.

c. 6. C. Th. de test. et cod. IV, 4.
praesertim cum — brevis mora sit, recentibus vetustatem innovare temporibus, zumal es nicht lange aufhält, ein neues Testament zu errichten.

fr. 5, § 12, O. N. N. 39, 1.
opera, quorum mora periculum aliquod allatura est, Bauten, deren Aufschub Gefahr bringen würde.

fr. 8 de coll. 37, 6.
moram cautionis, Verzögerung der Caution.

fr. 2, § 3, de adm. rer. 50, 8.
moram solutionis.

Liv. XXI, 32.
dimicandi mora.

Liv. XXXI, 48.
moras imperatorum.

Cic. Fam. X, 23.
flumen — in quo mora transitus esset, ein Fluß, der den Uebergang aufhielte.

---

[16]) Vgl. zu dieser Stelle Mommsen, Mora, S. 190, 191 Anm. 12.

[17]) fr. 24, § 1, ad leg. Jul. de adult. 48, 5; fr. 41, § 2, de manu test. 40, 4; fr. 123, § 1, Leg. I; Prop. IV, 4, 82. Verg. Georg IV, 548.

Cic. Fam. X, 31.

Nam saltus Castulonensis — tamen nequaquam tanta in mora est, quanta qui etc., denn der Castulonenser Wald ist gleichwohl keineswegs (unserer Correspondenz) so sehr hinderlich (im Wege), als diejenigen, welche u. s. w.

Liv. XXIII, 9.

tertio hodie, cum restituendae Romanis Capuae mora atque impedimentum es, da du im Wege bist und hinderst.

Plaut. Capt. IV, 3, 6.

Nam alia si memorem — mora est, anderes zu erwähnen, hält nur auf.

fr. 3, § 3, Si cui plus, 35, 3.

nam si conditio in mora est, wenn eine Bedingung im Wege ist.

fr. 30, § 5, Leg. III.

si autem per mulierem mora non est, quominus cum filio habitet, d. h. wörtlich: wenn aber durch die Frau kein Hinderniß ist, daß sie mit dem Sohne wohnt; also: wenn aber die Frau dem Zusammenwohnen mit dem Sohne nichts in den Weg legt[18]).

fr. 4 pr. Si quis eum, qui in jus, 2, 7.

si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quominus in jus veniret, verhindert hat, daß er vor Gericht erscheine.

fr. 7 pr. Quando dies legatorum 36, 2.

Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit.

Zuweilen nimmt mora die Nebenbedeutung des Ränkevollen an, so bei

Cicero pro Milone 20.

mora et tergiversatio, Ränke und Hinterlist,

ferner in der Redensart moras nectere, d. i. Ränkeschmieden[19]).

Andererseits schwächt sich aber auch die Bedeutung von mora so weit ab, daß es gleichbedeutend wird mit dies und tempus.

---

[18]) Mit Unrecht nimmt Mommsen, S. 5, Anm. 1, an dieser Stelle Anstoß, auch ist sein Erklärungsversuch gerade nicht sehr glücklich.

[19]) c. 2 C. Th. Si cert. pet. II, 29; c. un. C. J. de suffr. IV, 3; Seneca Ira III, 39, Collatio leg. R. & M. X, 3, § 1.

fr. 79 pr. C. & D. 35, 1.
quia non conditione sed mora suspenditur.
fr. 1, § 1, Leg. II.
neque conditio inest legato, neque mora.
fr. 6, § 1, quando dies leg. 36, 2.
magis enim mora, quam conditio legato injecta videtur.
In diesen drei Stellen ist mora gleichbedeutend mit dies.
Von Sachen, die leicht dem Verderben ausgesetzt sind, heißt es
fr. 53, H. P. 5, 3.
vel si mora periturae deterioresve (res) futurae erant.
In c. 5 C. Th. de denuntiatione II, 4.
Nullis eum temporum, quae ex rescriptorum editione defluunt, moris esse ludendum.
bedeuten temporum morae Zeitfristen.
Ebenso in fr. 51 pr. de peculio 15, 1.
mora temporis.
Plin. H. N. 36, 15, 24, 114.
opus — non temporaria mora veram etiam aeternitatis destinatione, ein Werk, nicht von zeitlicher Dauer, sondern u. s. w.
c. 10 C. de praescr. longi temp. VII, 33.
post moram litis contestatae, nach der Zeit der Litiscontestation.

Inter moras heißt inzwischen [20], inter moras judicii während des Processes [21]).

Diese letztere Bedeutung von Zeit hält Wolff [22]) für die Grundbedeutung von mora. Die Wurzel scheint ihm das Griechische μόρα oder μοῖρα zu sein. Die Griechen hätten freilich dieses Wort für jeden Theil genommen, während die Römer nur Zeittheile damit bezeichnet hätten.

Nun ist zwar die Grundbedeutung von mora bislang noch nicht festgestellt. Ob aber diese Wolff'schen Bemerkungen geeignet seien, auf die richtige Spur zu führen, scheint mir doch zweifelhaft zu sein.

Als Kunstausdruck scheint mora noch nicht alt zu sein. In den Bruchstücken des Zwölftafelgesetzes, so weit sie uns erhalten, kommt

---

20) fr. 33 R. V. 6, 1. Plin. Ep. IX, 13.
21) Quint. Decl. 281 arg.
22) Mora, S. 2, Anm. 2.

mora nicht vor; damals wird es auch schwerlich schon eine technische mora gegeben haben. Ob die damalige Rechtssprache sich in anderer Beziehung der Ausdrücke mora, morari u. s. w. bediente, muß ich dahin gestellt sein lassen. Nur daran will ich erinnern, daß für einen Schuldner, welcher der in jus vocatio keine Folge leisten wollte, einmal der Ausdruck calvitur gebraucht wird, den Spätere durch moratur und frustratur erläutern[23]).

In einer constitutio veterum wird mora durch den Ausdruck culpa mit umfaßt[24]). Der Umstand, daß mora nur in dieser constitutio veterum durch culpa wiedergegeben wird, und daß culpa weiter in dieser Bedeutung nicht vorkommt, scheint darauf zu deuten, daß der ursprüngliche Kunstausdruck für Mora culpa war, dieser Sprachgebrauch aber nachher abgekommen ist.

Neben, bezw. an die Stelle von culpa werden zunächst die Ausdrücke factum, stare per aliquem, fieri per aliquem, quominus getreten sein, weil auch sie, wie der Ausdruck culpa in der constitutio veterum, beides, sowohl die Mora als die Contractsculpa, umfassen.

Darnach würden denn mora und morari so ziemlich die jüngsten Kunstausdrücke sein.

§ 2.

Ein besonders zu beachtender Sprachgebrauch von mora.

In diesem Paragraphen will ich noch auf einen besondern Sprachgebrauch von mora, den man bisher nicht gehörig beachtet hat, aufmerksam machen. Die Römischen Rechtsgelehrten sprechen gerne dann von mora, wenn eine Frist oder ein Termin nicht eingehalten ist, ohne daß sie indeß damit die technische Mora bezeichnen wollen. Mora bedeutet hier Verzug im vulgären Sinne, aber in einer besondern Beziehung.

Auf einzelne hierher gehörende Stellen muß ich etwas näher eingehen, weil sie häufig auf eine technische Mora bezogen sind, und in Folge dessen zu irrthümlichen Auffassungen Veranlassung gegeben haben.

---

[23]) fr. 233 pr. V. S. 50, 16. Vgl. dazu Schoell, Legis duodecim tabularum reliquiae S. 115, 116.

[24]) siehe oben Anm. 3.

fr. 90, § 1, de publ. et vect. 39, 4.

Non solutis vectigalium pensionibus pellere conductores, necdum etiam tempore conductionis completo, vel ab his usuras ex mora exigere permittitur.

Es ist hier von Römischen Zollpächtern die Rede, die ihre Pacht in terminlichen Raten entrichten mußten [1]). Hatte nun einmal ein solcher Zollpächter einen Termin nicht eingehalten, so stand es dem Fiscus frei, entweder den Pachtcontract aufzuheben, oder ex mora Zinsen zu beanspruchen. Ex mora heißt nicht etwa von der Mahnung an, denn der Römische Fiscus hatte das Vorrecht, daß er von allen seinen Geldforderungen regelmäßig auch ohne Mahnung sechsprocentige Zinsen verlangen konnte [2]). Ex mora heißt: von dem Termine an, den der Schuldner nicht eingehalten hat [3]).

fr. 40 R. C. 12, 1.

In dieser bekannten Lex lecta hat Lucius Titius dem Publius Mävius die Rückzahlung eines Darlehns von 15,000 Denarien zum 1. künftigen Monats versprochen. Für den Fall, daß Lucius Titius den Termin nicht einhalten sollte, verwillkürt er als Strafe, das Capital mit ein Procent monatlich zu verzinsen. Gleich darauf wird indes ausgemacht, daß nicht das ganze Capital auf einmal, sondern in monatlichen Raten von je 300 Denarien zurückgezahlt werden solle. Es verfließen Monate, ohne daß Zahlung erfolgt. Muß nun der Schuldner vom ersten Verfalltage an für das ganze Capital oder immer nur für die fälligen Raten Zinsen mit entrichten? In Bezug hierauf heißt es in der Stelle:

Sed quum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant.

d. h. weil die Forderung des Capitals hinausgeschoben worden, ist es folgerichtig, daß auch Zinsen von der Zeit hinzukommen, von wo an der Schuldner die Termine nicht einhielt. Der Schuldner soll also immer nur für die fälligen Raten Zinsen mit entrichten.

---

[1]) Vgl. auch fr. 68, § 1, de fidej. 46, 1. vba: in — — centum annua se obligaverant.

[2]) fr. 17, § 5, 6, fr. 43 Us. 22, 1. Ausnahme fr. 16, § 1 eodem.

[3]) Auch v. Madai, S. 164; Wolff, S. 168, 169; Mommsen, S. 127, beziehen diese Stelle nicht auf eine technische Mora. Haloander hat an dem Ausdruck ex mora Anstoß genommen und liest statt dessen ex more. Diese Aenderung ist indeß durch nichts gerechtfertigt.

Weiter wird dann gesagt:

non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest,

d. h. von dem Schuldner, welcher eine Einrede hat, kann man nicht sagen, daß er den Termin nicht einhalte.

Viele beziehen die fragliche Stelle auf eine technische Mora[4]). Das ist unzulässig, da es sich hier lediglich um Conventionalstrafzinsen handelt.

fr. 9, § 1, Us. 22, 1.

Ein Schuldner hat für den Fall, daß er seine Zinsen nicht stets auf den Tag zahle, höhere Zinsen versprochen. Nun stirbt aber der Gläubiger, und es ist Niemand zum Empfange der Zinsen legitimirt; ejus temporis inculpatam esse moram constat, sagt der Jurist, d. h. für so lange ist die Nichtinnehaltung des Termins eine unverschuldete.

Scaevola fr. 135, § 2, V. O. 45, 1.

Seja cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, quum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam; deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret, et hortos acciperet; quaeritur, quum ante kalendas Apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Sejae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Sejae Titius solvere paratus fuerit, neque Seja accipere voluit, et usque in hodiernum per Titium non stet, quominus reliquum solveret, an, si nihilominus Lu-

Seja, welche im Auftrage des Lucius Titius Gärten gekauft hatte, versprach, ihm die Gärten zu Eigenthum zu übertragen, sobald sie von ihm den Kaufpreis mit Zinsen erhalten hätte. Gleich darauf wurde zwischen beiden ausgemacht, daß der Auftraggeber innerhalb des nächsten ersten Aprils die ganze Summe zahle und die Gärten in Empfang nehme. Nicht der ganze Kaufpreis mit Zinsen war von Lucius Titius der Seja innerhalb des ersten Aprils gezahlt worden, dieser jedoch kurze Zeit darauf zur Auszahlung des Kaufgeldsrestes nebst Zinsen an die Seja erbötig gewesen, den die Seja aber nicht hatte annehmen wollen; und bis auf den heutigen Tag liegt es nicht am Titius, daß es zur

[4]) So auch Mommsen, S. 25; Windscheid, Pandekten § 277, Anm. 1.

cius Titius Sejae universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit. Respondet, posse, si non multo post obtulisset, nec mulieris quidquam propter eam moram interesset; quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.

Auszahlung des Kaufgeldsrestes nicht gekommen. Wenn nun nichts destoweniger Lucius Titius bereit ist, die ganze Summe zu zahlen, kann er aus der Stipulation klagen? Die Frage wurde bejaht unter der Voraussetzung, daß er nicht lange hernach angeboten hätte, und jene Nichtinnehaltung des Termines für die Frau nichts ausmachte, was alles zum richterlichen Ermessen zu verstellen ist.

Mommsen[5]) faßt das auf Herausgabe der Gärten gerichtete Versprechen der Seja als ein bedingtes auf. Dem stehen indeß die gebrauchten Worte entschieden entgegen. Quum pretium omne cum usuris ab eo recepisset heißt nicht: wenn, sondern sobald sie von ihm den Kaufpreis mit Zinsen erhalten hätte. Sollte aber noch irgend ein Zweifel möglich sein, so wird er jedenfalls durch die Worte des gleich darauf abgeschlossenen pactum adjectum beseitigt: daß Lucius Titius innerhalb des nächsten ersten Aprils die ganze Summe zahle, und die Gärten in Empfang nehme.

Das Versprechen der Seja ist ein unbedingtes. Sie verspricht dem Lucius Titius, die Gärten zum 1. April zu Eigenthum zu übertragen, sobald sie den vollen Kaufpreis erhalten hat. Ursprünglich war die Seja aus einem Mandate des Lucius Titius zur Tradition der Gärten verpflichtet, und so gut wie diese Verpflichtung aus dem Mandatsverhältnisse eine unbedingte war, ebenso ist es die Verpflichtung aus der Stipulation. Die Seja traut dem Lucius Titius nur nicht: sie will erst Geld haben, ehe sie die Gärten tradirt. Der Fall liegt ähnlich, wie wenn bei einem Kaufhandel ausbedungen wird, daß die verkaufte Sache erst nach geschehener Zahlung tradirt werden solle. Hier ist das Verhältniß durchaus kein bedingtes. Der Kauf hängt nicht von der Bedingung ab, daß der Käufer wirklich Zahlung leiste. Der Verkäufer ist nur berechtigt, die verkaufte Sache so lange zu behalten, bis er sein Geld hat; eine Berechtigung, auf die er jeder Zeit verzichten kann.

Mommsen führt zur Begründung seiner Auffassung Folgendes an.

---

[5]) a. a. O. S. 85 bis 87.

Er meint einmal, wenn die Stipulation keine bedingte gewesen wäre, so hätte die Entscheidung, falls auch mit dem Ablauf des dies eine wahre Mora für den Titius eingetreten wäre, in keiner Weise davon abhängig gemacht werden können, ob die Oblation des Restes der Kaufsumme kurze oder lange Zeit nach dem ersten April erfolgt wäre.

Der Irrthum Mommsen's besteht eben darin, daß er sich vor die Alternative gestellt glaubt, die Stelle entweder von einem bedingten Schuldverhältnisse verstehen, oder sie auf eine technische Mora beziehen zu müssen, wie letzteres z. B. v. Madai[6]) annimmt. Allein die Stelle handelt weder von dem einen noch dem andern. Scävola will die Frage entscheiden, unter welchen Voraussetzungen Lucius Titius selbst dann noch aus der Stipulation klagen könne, wenn er seinerseits den Termin nicht inngehalten hätte. Der Jurist entscheidet sich zunächst dahin, daß dem Lucius Titius jedenfalls nur dann die actio ex stipulatu noch zu geben sei, wenn er nicht lange Zeit nach Ablauf des Termins das Geld angeboten hätte. Ist bereits eine geraume Zeit verflossen, so muß man annehmen, daß die Seja sich wegen der Grundstücke anderweitig arrangirt hat; daß eine Erfüllung der Stipulation ihr mithin nachtheilig, wenn nicht gar unmöglich sein würde. Wenigstens wäre dies der naturgemäße Verlauf, und entfernte Möglichkeiten sind für den praktischen Juristen überall nicht vorhanden. Denn Gärten wollen bestellt sein, kein Mensch läßt sie brach liegen. Und Grundstücke, die man für wen anders gekauft hat, will man regelmäßig nicht selber behalten.

Anders steht indeß die Sache, wenn Lucius Titius kurze Zeit nach dem Termine Zahlung anbietet. Hier soll er klagen können: si — — nec mulieris quidquam propter eam moram interesset. Mora in diesem Satze technisch zu nehmen, dazu werden wir durch nichts genöthigt. Denn da erst noch untersucht werden soll, ob die Seja propter eam moram ein Interesse hatte, liegt es mindestens ebenso nah, mora nicht technisch von der Nichtinnehaltung des Termines zu verstehen.

Der Sinn der fraglichen Worte ist übrigens genauer dieser. Interest bedeutet es ist ein Unterschied. Die Römischen Rechtsgelehrten gebrauchen diesen Ausdruck indeß meistens vom Vermögensunterschiede, und so ist er auch hier zu nehmen. Eine wörtliche Ueber=

---

[6]) Mora, S. 145, 146.

setzung der betreffenden Worte würde demnach so lauten: und wenn wegen jener Nichtinnehaltung des Termines für die Frau kein Vermögensunterschied vorhanden wäre; das heißt so viel als: wenn jene Nichtinnehaltung des Termines für die Frau nichts ausmachte. Dabei hat man indes nicht bloß an eine Benachtheiligung der Frau zu denken. Ein Vermögensunterschied ist auch dann schon vorhanden, wenn die Frau inzwischen, ohne einen Verlust zu leiden, anderweitig über die Gärten verfügt hätte.

Auf diese Weise erledigt sich auch ein weiteres Bedenken von Mommsen: daß, wenigstens der Regel nach, auch dann die actio ex stipulatu hätte zugelassen werden müssen, wenn Seja durch die Mora einen Schaden erlitten hätte, und es nur darauf hätte ankommen können, ob Titius neben dem Rest der Kaufsumme auch das Interesse wegen der verspäteten Leistung vollständig offerirt hätte.

Man denke sich doch nur in die Lage der Seja hinein. Sie hat im Auftrage des Lucius Titius Grundstücke gekauft, aber im eigenen Namen. Der Verkäufer hält sich also an die Seja, sie muß ihm gerecht werden. Jetzt hält Lucius Titius die Fristen nicht ein. Die Seja wollte aber vielleicht gerade mit dem Gelde, das sie von Lucius Titius erhielt, den Verkäufer zufrieden stellen. Wird die Seja nicht suchen müssen, die Grundstücke anderweitig wieder los zu werden? Sie kann ja sonst in die allergrößten Verlegenheiten kommen. Ebenso wie es einem Pächter freisteht, wenn sein Verpächter ihm zur verabredeten Zeit die Pachtung nicht überweist, sich nach einer andern Pachtung umzusehen [7]), ebenso muß man der Seja gestatten, die Grundstücke anderweitig wieder loszuschlagen. Sie kann unmöglich verpflichtet sein, die Grundstücke fortwährend zur Verfügung des Lucius Titius zu halten.

Dieser Gesichtspunkt, ob nicht die Seja bereits anderweitig über die Grundstücke verfügt hatte, drängt sich bei Lage des Falles zu allernächst auf, wenn untersucht werden soll, ob mulieris quidquam propter eam moram interesset. Die Frage, ob sie die Grundstücke mit Schaden losgeschlagen, oder ob sie anderweitig eigentlichen Schaden erlitten hatte, tritt weit mehr in den Hintergrund.

Endlich wolle man noch dies beachten. Scävola will den vorliegenden Fall gar nicht nach allen Seiten hin erörtern; er will nur

---

[7]) fr. 24, § 4, Loc. 19, 2.

eine ganz bestimmte Frage beantworten: unter welchen Voraussetzungen Lucius Titius nach Ablauf der Frist noch aus der Stipulation klagen könne. Die Antwort fällt dahin aus, daß Lucius Titius diese Klage habe, wenn er nicht lange Zeit nach Ablauf des Termines den Kaufgeldsrest anbiete, und wenn die Seja kein Interesse daran hat, das Geld zurückzuweisen. Man setze z. B., die Seja hätte, weil sie der Zahlungsfähigkeit des Lucius Titius nicht recht traute, ihre Zahlungsfristen ihrem Verkäufer gegenüber immer um vierzehn Tage später, also die letzte auf den 15. April angesetzt, um eventuell, falls Lucius Titius sie im Stiche ließe, anderweitig Rath zu schaffen. Man denke sich ferner, daß Lucius Titius der Seja bereits am 3. April den Kaufgeldsrest angeboten hätte, und daß damals noch vollkommen res integra gewesen wäre. Hier ist nach der Ansicht des Scävola die Klage des Lucius Titius vollständig begründet.

Die Antwort des Scävola ist sehr vorsichtig abgefaßt. Die Möglichkeit, welche Mommsen im Auge hat, wenn die Seja zwar noch nicht über die Grundstücke verfügt, aber anderweitigen Schaden erlitten hätte, berücksichtigt er gar nicht. Und ebenso wenig gibt er an, was ungünstigen Falls aus dem Kaufgelde geworden wäre, das Lucius Titius schon vor dem ersten April an die Seja gezahlt hätte.

c. 4 C. Si manc. ita fuerit al. 4, 57.

Jemand, der Geld für einen Sklaven erhalten hatte, damit er ihn zur verabredeten Zeit mit der Freiheit beschenke, hielt den Termin nicht ein (moram repromissae libertati praestitit). Der Sklave soll von der Zeit an als frei gelten, wo die Freiheit gewährt werden konnte (ex quo, quum posset dari libertas).

Mora ist nicht technisch zu verstehen. Wäre dies der Fall, so hätte der Eintritt der Freiheit in unmittelbarer Beziehung zur mora stehen müssen. Die Freiheit soll aber erst eintreten, quum posset dari, sobald also nach Ablauf der Frist der Eigenthümer durch nichts behindert ist, sie zu gewähren. Man setze z. B., der Sklave sei entflohen, so hätte dessen Rückkehr erst abgewartet werden müssen.

fr. 8 Si quis caut. 2, 11.

Ein Beklagter, der cautio judicio se sisti (vadimonium) geleistet hatte, erscheint am festgesetzten Tage nicht vor Gericht, kommt aber drei oder fünf Tage später. Hier soll er eine Einrede haben, wenn nicht der Kläger in Folge der Nichtinnehaltung des Termines (e mora) Nachtheil gelitten hat.

Auch Mommsen[8]) bezieht diese Stelle nicht auf eine technische Mora.

Marcianus fr. 52 de receptis, 4, 8.

> Si qui jussus est ab arbitro ex compromisso solvere pecuniam moram fecerit, poenam ex compromisso debet, sed postea solvendo poena liberatur.

Ein Schiedsrichter hatte seinen Spruch zu Ungunsten des Beklagten gefällt. In einem solchen Schiedsspruche war entweder die Zeit, binnen welcher der Beklagte leisten mußte, genau angegeben, oder eine mäßige Frist war selbstverständlich[9]). Diese Frist war vom Beklagten nicht eingehalten, was Marcian mit den Worten moram fecerit ausdrückt. An eine technische Mora ist hier schon deshalb nicht zu denken, weil es sich um eine Conventionalstrafe handelt.

Papinianus fr. 3 pr. Us. 22, 1.

> In fideicommissi persecutione quum post judicis sententiam moram fecisset heres, jussit Imperator Marcus Antoninus, intermisso legitimo tempore, quod condemnatis praestatur, ut usque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat; quod decretum ita accipi oportet, si ante judicis sententiam mora non intervenit u. s. w.

Den Anfang dieser Stelle kann man etwa so übersetzen: Als in einer Klagesache, betreffend Fideicommiß, der Erbe nach Erlaß des Erkenntnisses die gesetzliche Frist nicht innegehalten hatte. Denn daß moram fecisset diese Bedeutung habe, darauf weist der ganze Zusammenhang der Stelle hin. Es handelt sich hier nämlich lediglich um die Frage, ob der Erbe bloß bis zum Erkenntnis, oder auch für die Frist, welche gesetzlich den Verurtheilten gewährt wurde, und die nach dem Zwölftafelgesetze dreißig Tage betrug[10]), Früchte u. s. w. zu erstatten habe.

In dem Satze si ante judicium u. s. w. ist mora dann wieder technisch zu verstehen, und auch deshalb ist diese Stelle interessant, weil mora abwechselnd in technischer und vulgärer Bedeutung gebraucht wird.

---

[8]) a. a. O. S. 85.

[9]) Vgl. fr. 21, § ult. fr. 22, fr. 23 pr. de receptis 4, 8.

[10]) Gellius N. A. XV, 13, 11; XX, 1, 45. Gaj. III, 78.

Ulpianus fr. 5, § 16, Ut in possessionem leg. 36, 4.

Imperator Antoninus Augustus rescripsit certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satis fiat, quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.

Kaiser Antoninus Augustus rescribirte, aus bestimmten Gründen seien Legatare und Fideicommissare auch in die eignen Güter des Erben einzuweisen, wenn nach sechs Monaten, seitdem vor dem Tribunal diejenigen angegangen worden, denen über die betreffende Sache Notion[11]) zusteht, mit der Zufriedenstellung gesäumt worden, um von da an Früchte zu ziehen, bis dem Willen der Verstorbenen Genüge geschehe. Dieses Mittel wäre auch gegen die zur Anwendung zu bringen, welche, sei es aus welchem Grunde, beim Fideicommiß die Frist nicht einhalten.

Uns interessirt in dieser Stelle vorzugsweise der Schlußsatz quod remedium u. s. w.

In Bezug auf den Text ist zu bemerken, daß die Florentiner Handschrift statt moram ursprünglich bloß die Endsilbe ram gehabt hat, und daß die Vorsilbe mo erst eine Ergänzung neuerer Hand aus der Zeit der Bologneser Rechtsschule ist. Die Ergänzung dürfte gleichwohl unbedenklich sein, da wir den Ausdruck in ähnlichem Zusammenhange gleich wieder antreffen[12]).

Statt ex qua causa, wie die Florentina hat, vermuthet Th. Mommsen mit Best[13]) ex quaqua causa. Es ist leicht möglich, daß die Verdoppelung fortgefallen ist, und in sprachlicher Beziehung würde quaqua vor qua jedenfalls den Vorzug verdienen. Auf den Sinn der Stelle hat indes diese Conjectur keinen Einfluß.

Der Schlußsatz ist eine Anmerkung Ulpian's zu dem Rescripte Antonin's. Marezoll[14]) hält denselben freilich noch für einen Be=

---

[11]) Vgl. über diesen Begriff fr. 99 pr. V. S. 50, 16; fr. 5 pr. de re jud. 42, 1.

[12]) fr. 5, § 18, Ut in poss. leg. vba: quia mora fit solutioni.

[13]) Ratio emendandi leges, Lipsiae 1745, Cap. XII, pag. 196.

[14]) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Band IX., S. 129 ff.

standtheil des kaiserlichen Rescriptes. Dagegen spricht indeß, ganz abgesehen von sachlichen Bedenken, schon das hypothetische servaretur. Kaiser Antonin hätte sich jedenfalls bestimmter ausgedrückt. Marezoll erwähnt freilich zweier abweichender Lesarten servatur und servabitur. Diese Lesarten können indeß höchstens auf Handschriften dritter Classe beruhen, da sie in der Mommsen'schen Pandektenausgabe gar nicht mit aufgeführt sind.

Das Verhältniß zwischen Schlußsatz und Rescript ist dieses. Kaiser Antonin verlieh die Besitzeinweisung in die eignen Güter des Erben an Legatare wie Fideicommissare nur aus bestimmten Gründen, certis ex causis [15]); der Vorschlag Ulpian's ging hingegen dahin, sie den Fideicommissaren aus jedem Grunde zu gestatten. Welches die certae causae waren, wissen wir nicht mehr. Ulpian wird mit seiner Meinung durchgedrungen sein, jedenfalls haben die Justinian'schen Compilatoren sie gebilligt. Damit fiel aber, in Folge des Justinianschen Ausgleichungsgesetzes für Legate und Fideicommisse [16]), für sie jede Veranlassung hinweg, die certae causae einzeln aufzuführen.

An dem Erforderniß der sechsmonatlichen Frist ist dagegen sowohl von Ulpian für Fideicommisse, wie von den Justinian'schen Compilatoren für Vermächtnisse überhaupt festgehalten worden. Und wenn Ulpian sich der Ausdrucksweise qui moram faciunt bedient, so heißt das eben nichts anders als: welche die sechsmonatliche Frist nicht innehalten.

Marezoll [17]) und Bachofen [18]) sind freilich anderer Ansicht. Beide Schriftsteller verstehen den Schlußsatz dahin, daß der Ablauf der sechsmonatlichen Frist gar nicht mehr erforderlich, sondern wegen jeder Mora jetzt den Vermächtnißnehmern Einweisung in die Güter der Erben zu gewähren sei; v. Vangerow [19]) hingegen bleibt beim Erforderniß der sechsmonatlichen Frist stehen, und das mit vollem Recht.

Denn Ulpian deutet in den folgenden Paragraphen [20]), wo er näher auf die Beschaffenheit der sechsmonatlichen Frist eingeht, mit keiner Sylbe an, daß das, was er hier vortrage, sich nur auf Legatare

15) In fr. 3, § 1, Ne vis fiat ei 43, 4, heißt es certis modis.

16) c. 2 Cod. Comm. de leg. et fid. 6, 43.

17) a. a. O. S. 130.

18) Das römische Pfandrecht, Basel 1847, S. 321.

19) Pandekten, Bd. II., § 532.

20) fr. 5, § 19, 20. Ut in poss. leg. 36, 4.

beziehe. Und in einer Codexstelle wird an dem Erfordernis der sechsmonatlichen Frist sowohl bei Legaten als Fideicommissen sehr bestimmt festgehalten [21]).

Der Zweck der Antonin'schen Besitzeinweisung war überhaupt Proceßbeschleunigung: ut festinetur ad sententiam [22]). Innerhalb sechs Monaten sollte die Sache aus der Welt sein. Wie hätte also wohl diese Frist weggefallen sein können?

Die Antonin'sche Besitzeinweisung hat demnach mit der technischen Mora nichts zu schaffen. Deshalb dürfen auch andere Stellen, die außer der hier besprochenen von dieser Besitzeinweisung handeln, nicht auf die technische Mora bezogen werden [23]).

Diese Stellen mögen genügen, den Sprachgebrauch, um den es sich hier handelte, festzustellen.

In zwei Stellen lehnt sich die Frist, welche nicht innegehalten worden, an einen richterlichen Befehl an. In fr. 52 de receptis ist es die sententia arbitri, in fr. 3 pr. Us. die sententia judicis.

Aehnlich ist mora in fr. 5, § 16, Ut in poss. gebraucht, wo die sechs Monate laufen sollen, quum aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est.

Hieran schließt sich ein weiterer Sprachgebrauch von mora, wonach es Ungehorsam gegen richterliche Befehle bedeutet, und für contumacia steht.

Diese Bedeutung hat mora z. B.

Ulp. fr. 15, § 3, R. V. 6, 1.

> Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari.

Hier ist moram passus der Vindicant, welcher vom Ungehorsam des Besitzers zu leiden; und der Ungehorsam des Besitzers besteht darin, daß er dem Restitutionsbefehle keine Folge geleistet hat.

Mit dieser Stelle ist zu verbinden

Ulp. fr. 17, § 1, R. V. 6, 1.

> Idem Julianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor.

---

21) c. 6 C. Ut in poss. leg. 6, 54.

22) fr. 5, § 21, Ut in poss. 36, 4.

23) Dies geschieht z. B. hinsichtlich fr. 5, § 20, Ut in poss. von Mommsen a. a. O. S. 55, 76, und Dernburg, Pfandrecht, Leipzig, 1860, 1864, Bd. II., S. 124.

Denn auch hier ist der possessor, welcher moram fecerit, ein Besitzer, welcher gegen den Restitutionsbefehl ungehorsam war.

Es konnte sich freilich dem Restitutionsbefehle eine Frist anschließen [24]), und insofern stehen diese beiden Stellen auf gleicher Stufe mit den übrigen in diesem Paragraphen besprochenen. Nöthig war dies indes keineswegs, und insofern unterscheiden sich diese beiden Stellen von den übrigen.

Weil sich aber dem Restitutionsbefehle bald eine Frist anschloß, bald nicht, so leuchtet wiederum ein, wie leicht die in diesem Paragraphen zunächst besprochene Bedeutung von mora in die Bedeutung von contumacia übergehen konnte.

Daß sich der Ausdruck mora in den beiden zuletzt besprochenen Stellen auf den Ungehorsam gegen den Restitutionsbefehl beziehe, hat überzeugend Wetzell [25]) dargethan. Und ebenso nimmt v. Savigny [26]) an, daß mora hier dasselbe bedeute, was anderwärts contumacia heiße. Beide Schriftsteller irren aber insofern, als sie, wie v. Savigny dies ausdrückt, die Mora im eigentlichsten Sinne, also technisch, nehmen. Dies ist schon deshalb unzulässig, weil es sich hier um dingliche Ansprüche handelt, während das Gebiet der technischen Mora sich auf das Obligationenrecht beschränkt. Ich werde übrigens auf diese Stellen noch zurückkommen.

Die Bedeutung von contumacia hat mora auch in folgender Stelle.

Ulpianus fr. 8, § 6, de precario 43, 26.

> Plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam, et omnem causam venire; nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere.

Hier ist der mit dem interdictum de precario Belangte dem Interdicte, also einem richterlichen Befehle [27]), nicht nachgekommen. Dies wird so ausgedrückt, ubi moram quis fecit precario. Statt constituere schlägt Theodor Mommsen restituere vor.

---

[24]) § 2, 3 J. de off. judicis IV, 17.

[25]) Der Römische Vindicationsproceß, Leipzig 1845, S. 179—181.

[26]) System, Band VI., S. 178.

[27]) Gaj. IV, 139.

§ 3.
Sprachgebrauch, betreffend die Mora im engern und weitern Sinne.

Das Corpus Juris kennt eine doppelte technische Mora. Die eine will ich die Mora im engern Sinne oder Mahnungs-Mora, die andere die Mora im weitern Sinne nennen. Die Mora im engern Sinne entsteht lediglich durch Mahnung, die andern Entstehungsgründe gehören ausschließlich der Mora im weitern Sinne an.

Abgesehen von der Mahnungs-Mora umfaßt die Mora im weitern Sinne folgende Fälle:

1) Die Mora des Fur,
2) die Mora des Dejicienten,
3) die Mora im Falle der Minderjährigkeit,
4) die Mora beim Freiheitsfideicommiß,
5) die Mora wegen Abwesendheit,
6) die Mora beim Vermächtnis zu frommen Zwecken,
7) die Litiscontestation.

Der Beweis dafür, daß das Corpus Juris wirklich eine doppelte technische Mora in angegebener Weise kennt, ergibt sich auf folgende Weise.

In den angeführten sieben Fällen werden bestimmte Wirkungen auf eine Mora zurückgeführt, und zwar so, daß der Begriff technisch gemeint sein muß.

Auf der andern Seite gibt es dann Stellen, die sagen, daß eine technische Mora nur durch Mahnung begründet werde. Ja, es fehlt nicht an Aussprüchen, die den Fällen, welche anderwärts der technischen Mora beigezählt werden, die Mora-Eigenschaft ausdrücklich absprechen. Diese Erscheinung, die in den folgenden Paragraphen näher dargelegt werden soll, läßt sich nicht anders als durch Annahme einer doppelten technischen Mora erklären.

Hier will ich mich mit den beiden Arten der Mora, nur soweit es sich um den Sprachgebrauch handelt, beschäftigen.

I. Sprachgebrauch, betreffend die Mora im weitern Sinne.

Zur Bezeichnung der Mora im weitern Sinne dient meistens das Wort mora, ein einziges Mal wird auch der Ausdruck per eum

stetit, quominus gebraucht[1]). Mora hat aber häufig Zusätze, wie in re, in rem, re ipsa, ipso jure, um auszudrücken, daß die Mora schon in der Sache selber liege, ohne daß es einer Mahnung bedürfe.

Der Ausdruck mora in re kommt vor für die Mora beim Freiheitsfideicommiß[2]), im Falle der Abwesendheit[3]), und im Falle der Minderjährigkeit[4]). Die letztgenannte Mora hat auch den Zusatz re ipsa[5]). Die Mora des Fur wird mora in rem genannt[6]), und von der mora beim Vermächtnis zu frommen Zwecken heißt es ipso jure fieri videatur[7]).

Es scheint zufällig zu sein, daß sich für die Mora des Dejicienten nicht eine ähnliche Bezeichnung findet, dagegen fehlt sie wohl absichtlich für die Mora im Falle der Litiscontestation. Denn wenn auch die Litiscontestation nur ein ideeller Zeitpunkt war, so ging derselben doch stets die Klagmittheilung vorauf, und jede Klagmittheilung enthält, wie die Mahnung, für den Schuldner eine Aufforderung zur Zahlung. Auch bringt Justinian in der zuletzt angeführten Stelle die Mora beim Vermächtnis zu frommen Zwecken nicht bloß zu der Mahnungsmora, sondern auch zu der Mora im Falle der Litiscontestation in Gegensatz. Es heißt dort: non habita ratione morae a litis contestatione aut conventione, sed ipso jure fieri videatur mora.

Uebrigens wurden mora in re und ähnliche Ausdrücke nicht bloß technisch, sondern auch in gewöhnlicher Bedeutung gebraucht.

Vgl. z. B. Ulp. fr. 5. Min. 4, 4.

> Si tamen is servus fuit, cui fideicommissaria libertas debebatur praesens, et fuit captus, cum re mora ei fit, poterit dici praetorem ei succurrere oportere.

Nachdem Ulpian in fr. 3, § 11 Min. auseinandergesetzt hat, daß ein minderjähriger Sclave keinen Anspruch auf Restitution habe, wenn der Eigenthümer volljährig, macht er hiervon für den Fall eine Ausnahme, daß dem Sclaven die Freiheit fideicommissarisch vermacht

---

[1]) fr. 1, § 35 de vi et de vi armata 43, 16.

[2]) fr. 26, § 1 in. de fid. lib. 40, 5.

[3]) fr. 23, § 1. Us. 22, 1.

[4]) fr. 26, § 1 i. f. de fid. lib. 40, 5.

[5]) fr. 3, § 2, i. f. de adim. leg. 34, 4; c. 3, C. in quib. caus. in integr. rest. II, 41.

[6]) c. ult. C. de cond. ob turp. caus. IV, 7.

[7]) c. 46, § 4. C. de ep. & cler. I, 3.

war, und er sich wegen dieses Fideicommisses in ein nachtheiliges Geschäft einließ [8]). Die Worte cum re mora ei fit „da ihm durch die Sache ein Aufschub wird" geben an, worin der Nachtheil bestand: der Sclave sollte noch länger in seinen bisherigen Verhältnissen gehalten werden, obwohl er Anspruch auf sofortige Freilassung hatte.

Hierher gehört auch folgende Stelle, welche noch v. Madai [9]) auf eine technische Mora bezieht.

Paul. fr. 38, § 1. Us. 22, 1.

> Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut (vel) ab illo, qui reddere debeat, omni modo restituendi sunt, sed et si per mulierem stetit, quo minus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere: ratio autem haec est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei neglegere fundum.

Was zunächst den Text anbetrifft, so hat die Florentiner und die Pariser Handschrift ut ab illo — restituendi sunt. In der Pariser Handschrift ist indes ut von zweiter Hand in vel geändert, und diese Aenderung hat auch die Paduenser Handschrift. Außerdem ist noch in der Pariser Handschrift das ut bezw. vel von dritter Hand beseitigt.

Daß der Text der Florentina einer Aenderung bedarf, liegt ziemlich auf der Hand. Theodor Mommsen schlägt vor, restituendi sint, statt sunt, zu lesen. Ich ziehe die Aenderung vor, welche sich gleichzeitig in der Pariser und Paduenser Handschrift findet, und lese demnach vel ab illo statt ut ab illo. Diese Aenderung hat vor der Th. Mommsen'schen den doppelten Vorzug, daß sie einerseits doch nicht ohne alle handschriftliche Grundlage ist, und auf der andern Seite der ganzen Stelle innern Halt gibt, während mit dem Th. Mommsenschen sint in dieser Beziehung nur wenig genützt ist. Daß das ut der Florentina einfach zu streichen wäre, wie eine weitere Aenderung der Pariser Handschrift ist, scheint mir sehr unwahrscheinlich zu sein.

---

[8]) Vgl. v. Savigny System, Band VII, Seite 156.

[9]) a. a. O. S. 203 ff. Vgl. dagegen Wolff a. a. O. S. 393 ff., Mommsen a. a. O. S. 129.

Etwas wird im ursprünglichen Text jedenfalls gestanden haben, denn sonst würde ein Abschreiber wohl so leicht nicht auf die Idee gekommen sein, ut einzuschieben. Dagegen ist nicht unwahrscheinlich, daß das ursprüngliche vel deshalb in ut verwandelt wäre, weil der betreffende Abschreiber an der Construction ab illo mora fuit Anstoß genommen hätte.

Der Sinn der Stelle ist demnach dieser.

Eine Verlobung wird wieder aufgehoben, nachdem der Bräutigam schon ein Grundstück als Mitgift erhalten hatte. Wie wird es mit den Früchten? Jedenfalls sind die Früchte herauszugeben, die während des Brautstandes erzielt wurden; aber auch die spätern, wenn in der Sache ein Hindernis lag (in re mora fuit)[10]), oder der Bräutigam das Hindernis war. Aber auch, wenn es an der Braut lag, daß die Ehe nicht zu Stande kam, spricht mehr dafür, daß sie Früchte erhält, weil es ja sonst dem Bräutigam freistände, das Grundstück brach liegen zu lassen.

Ich sagte vorhin, durch die Aenderung des ut in vel gewönne die Stelle an innerm Halt. Denn jetzt sind alle drei Möglichkeiten berücksichtigt, wie eine Ehe nicht zu Stande kommt: entweder der Bräutigam will nicht, oder die Braut will nicht, oder es liegt ein Ehehindernis vor. Die Worte si in re mora fuit gehen auf das Ehehindernis, und die Verbindung vel ab illo si mora fuit hat ebensowenig etwas Auffallendes, wie anderswo die Verbindung per aliquem mora est[11]).

Der Ausdruck affinitas kommt in unserer Stelle in zwei Bedeutungen vor: das eine Mal wird er für das Verhältnis unter Verlobten, das zweite Mal für das Verhältnis unter Ehegatten gebraucht.

Betrachten wir jetzt die Theodor Mommsen'sche Conjectur etwas genauer. Dieselbe berücksichtigt nur zwei Möglichkeiten, und davon abgesehen, erhält man kaum einen vernünftigen Sinn. Man müßte dann übersetzen: aber auch die spätern Früchte sind zu erstatten, wenn in der Sache ein Hindernis lag, so daß sie vom Bräutigam auf alle Fälle zu erstatten sind. Was soll das am Ende heißen? Dann könnten die Worte ut ab illo restituendi sint nur lieber gleich ganz fehlen, da sie doch nur pleonastisch daständen.

---

[10]) Vgl. c. 1, C. de cond. ob caus. dat. 4, 6.

[11]) fr. 3, § ult.; fr. 51 A. E. V. 19, 1; fr. 13 Us. 22, 1; fr. 30, § 5, Leg. I.

Aus dem Schlußsatz der Stelle folgt, wie Mommsen a. a. O. mit Recht bemerkt, daß die Verpflichtung des Bräutigams sich auch auf die versäumten Früchte bezieht. Göppert[12]), um diesem Resultate zu entgehen, meint, die fraglichen Worte seien nicht hypothetisch gesagt. Allein sonst pflegt doch die Partikel si in der lateinischen Sprache da gebraucht zu werden, wo hypothetisch geredet werden soll. Und si mit dem Indicativ, wo wir wenn mit dem Conjunctiv gebrauchen, kommt öfter vor. Vgl. z. B. fr. 5, § ult. N. G. 3, 5 vba: nisi — remiserat. Ferner ist Göppert der Ansicht, daß die Stelle nur durch Vertauschung von fructus und fundus zu einem vernünftigen Sinn gebracht werden kann. Meines Erachtens ist eine derartige Textesänderung durch nichts gerechtfertigt.

II. Sprachgebrauch, betreffend die Mora im engern Sinne.

Die Römischen Rechtsgelehrten haben sich die Mahnungsmora vorwiegend als etwas Momentanes gedacht. Sie verstehen hier unter Mora meistens nicht die von der Mahnung bis zur Erfüllung der Obligation fortdauernde Verzögerung, sondern nur die der momentanen Mahnung entsprechende momentane Zögerung.

Diese Auffassung der Mahnung ist die überwiegende, nicht die ausschließliche. Denn es fehlt auch nicht an Stellen, wo die Mahnungsmora offenbar als dauernd gedacht ist. So, wenn die Römischen Rechtsgelehrten von einem Schuldner sprechen, qui in mora est, qui moratur. Denn hier denken sie sich den Schuldner noch gegenwärtig, nicht bloß im Augenblicke der Mahnung, als zögernd.

Vgl. z. B. Ulp. fr. 8, pr. Nov. 46, 2.
quum in moram promissor esset, während sich der Schuldner im Verzuge befand.

Ferner Paulus fr. 84, Leg. II.
dum moratur praestare libertatem.

Endlich Scaevola fr. 35, pr. Leg. III.
libertus diu moram ab herede patroni passus est.

Ungleich häufiger gebrauchen aber die Römischen Rechtsgelehrten hier das Perfectum, und sprechen von einem Schuldner qui in mora

[12]) Ueber die organischen Erzeugnisse, Halle 1869, S. 251 ff.

fuit[13]), qui moram fecit[14]), per quem stetit[15]) u. s. w., das ist ein Schuldner, der im Augenblicke der Mahnung gezögert hat.

Derselbe Sprachgebrauch zeigt sich in der Verbindung post moram, post moram factam. Denn hiermit soll nicht etwa auf die Zeit nach der dauernden Verzögerung, nachdem die dauernde Verzögerung aufgehört hat, hingewiesen werden; post moram heißt vielmehr: nach der der momentanen Mahnung entsprechenden momentanen Verzögerung[16]).

Dann bemerke man etwa noch folgende Stellen.

Papinianus fr. 3, pr. Us. 22, 1.

tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad judicem, wiewohl es nicht leicht vorkommen kann, daß man sich ohne voraufgehende mora vor Gericht einfindet.

Die Vorstellung Papinian's ist also nicht die, daß der Schuldner sich noch in Mora befindet, während er mit dem Gläubiger vor Gericht zusammentrifft; er denkt sich die Mora vielmehr als eine voraufgehende, also als etwas Momentanes.

Marcianus fr. 5, § 4 de in lit. jur. 12, 3.

veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit.

Auch hier denkt sich Marcian die Mora als das Voraufgehende, und den Tod des Stichus als das Nachfolgende. Wäre die Mora als dauernd gedacht, so würde der Jurist sich etwa so haben ausdrücken müssen: si promissore moram faciente Stichus decesserit.

Ulp. fr. 3 i. f. de cond. trit. 13, 3.

quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

Hier ist tempus morae der Zeitpunkt der momentanen mora.

Ulp. fr. 26, § 1 de fid. lib. 40, 5.

ut ingenui quidem exinde nascantur, ex quo mora libertati facta est.

---

13) fr. 31 pr. Nov. 46, 2.

14) fr. 91, § 3, V. O. 45, 1.

15) fr. 23, V. O. 45, 1.

16) fr. 3 de cond. trit. 13, 3; fr. 49, § 1, A. E. V. 19, 1; fr. 39, § 1, fr. 47, § 6, Leg. I.; fr. 73, § 2; fr. 82, § 1, V. O. 45, 1; c. 17 C. Loc. Cond. 4, 65; c. 3 C. Us. et Fruct. 6, 47; Paul. R. S. II, 24, 4; fr. 1, § 3 ad S. C. Tert. 38, 17.

Hier ist die mora ebenfalls als ein momentaner Zeitpunkt gedacht der für die Ingenuität entscheidend sein soll.

Africanus fr. 27 Us. 22, 1.

Cum patrifamilias mora facta sit, jam in herede ejus non quaeritur mora,

d. h. wenn einem paterfamilias gegenüber gezögert worden, so ist eine Zögerung dem Erben gegenüber nicht mehr erforderlich.

Auch hier ist mora als etwas Momentanes gedacht. Die momentane Verzögerung, die der Schuldner dem Erblasser gegenüber bewiesen, nützt auch dem Erben. Hätte sich African die Mora als etwas Dauerndes gedacht, so hätte sein Ideengang dieser sein müssen: wer sich einem Erblasser gegenüber in Verzug befindet, ist es auch dem Erben gegenüber.

Paul. fr. 87, § 1, Leg. II.

Hier wird die Mahnungsmora der Minderjährigkeit als etwas Momentanes gegenübergestellt. Es heißt von der Mahnurgsmora: quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur (sc. usurae). Damit soll ausgedrückt werden: die Mahnungsmora ist kein Zustand, wie die Minderjährigkeit; es genügt, daß sie einmal dazwischen tritt, um fortwährend Wirkungen auszuüben.

Wollen wir dies Momentane, das wir beim Begriffe der technischen mora im engern Sinne vorwiegend antreffen, in unserer Sprache wiedergeben, so können wir uns etwa des Wortes Zahlungsweigerung bedienen. Ein Schuldner, qui moram fecit, ist dann ein Schuldner, welcher im Augenblicke der Mahnung die Zahlung verweigert hat. Noch einfacher ist es aber, wenn wir uns auf Seite des Gläubigers stellen, und mora durch Mahnung wiedergeben: post moram heißt dann nach der Mahnung, und debitor, qui moram fecit, ist ein gemahnter Schuldner, ein Schuldner, der die Mahnung nicht beachtet hat. Wir können also die mora ganz abstreifen, und statt von Mahnungsmora einfach von Mahnung sprechen. Daß wir hieran sogar gut thun würden, und daß es weit angemessener wäre, den Ausdruck Verzug oder mora als Kunstausdruck gänzlich aufzugeben, darauf werde ich noch zurückkommen.

Mahnen selbst heißt: interpellare[17]), convenire[18]), postu-

---

[17]) fr. 24, V. O. 45, 1.

[18]) fr. 32, § 3. Us. 22, 1; fr. 45 O. & A. 44, 7.

lare[19]), petere[20]). Diese Ausdrücke kommen indes sämmtlich auch in andern Bedeutungen vor und werden vornämlich auch von demjenigen gebraucht, der seine Ansprüche gerichtlich geltend macht[21]).

Ganz ungehörig ist es, wie viele Neuere thun, von einem morosen Schuldner, debitor mōrosus, statt debitor, qui mōram fecit u. s. w., zu sprechen. Denn wenn ein gemahnter Schuldner zuweilen auch recht mürrisch sein mag, so pflegt sich die juristische Kunstsprache doch auch sonst nicht den Gemüthszustand der Betreffenden zur Richtschnur zu nehmen.

---

[19]) Paul. R. S. III, 8, § 4.

[20]) fr. 17, § 3, Us. 22, 1.

[21]) Vgl. z. B. für interpellare fr. 25, § 7, H. P. 5, 3; fr. 23 de judiciis 5, 1; für convenire fr. 6, § 12, N. G. 3, 5; für postulare fr. 1, § 2 de postulando 3, 1; und für petere fr. 7, § 7 de Publ. 6, 2.

Zweiter Abschnitt.

Mora im engern und weitern Sinne.

§ 4.
Die einzelnen Fälle der Mora im weitern Sinne.

Die einzelnen Fälle der Mora im weitern Sinne sollen hier, abgesehen von der Mahnungsmora, der Reihe nach erörtert werden.

I. Die Mora des Fur.

Der Fur haftet von Anfang an für Zufall. Dieser Rechtssatz wird auf eine Mora zurückgeführt.

Ulp. fr. 8, § 1, de cond. furt. 13, 1.

> Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur, placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur, semper enim moram fur facere videtur.

Ulpian wirft hier die Frage auf, welcher Zeitpunkt für die Schätzung bei der condictio furtiva zu Grunde gelegt werden müsse, und entscheidet sich für den, wo die Sache am meisten werth war, da ja der Fur durch Hingabe einer deteriorirten Sache nicht befreit werde. Der Werth einer Sache kann sich auf zweierlei Weise ändern: in Folge einer Veränderung, die mit der Sache selber vorgeht, oder auch durch bloße Conjunctur. Gewöhnlich pflegt man diese Stelle nur auf eine Werthänderung der letztern Art zu beziehen. Allein die Ulpian'sche Begründung paßt mindestens ebenso gut auch auf den andern Fall[1]).

---

[1]) Vgl. fr. 67, § 2, de furtis 47, 2.

Sein Ideengang ist nämlich dieser. Der höchste Werth, den die Sache erreicht hat, muß zu Grunde gelegt werden, weil der Dieb für Deterioration haftet. Denn wollte man dies nicht annehmen, so könnte ja der Dieb die Sache ungestraft wieder um so viel deterioriren, als sie mittlerweile mehr werth geworden war.

Der Satz, daß der Dieb für Deterioration, also für Zufall, hafte, wird dann weiter auf eine Mora zurückgeführt. Semper enim moram fur facere videtur. Daß Mora in diesem Schlußsatze technisch zu verstehen sei, kann nicht wohl zweifelhaft sein. Fur semper moram facere videtur ist eine alte Rechtsregel, die nur unter der Voraussetzung Sinn hat, daß man den Ausdruck mora in derselben technisch nimmt.

Papinianus fr. 17 de cond. furtiva [2]).

Papinian bemerkt hier: um eine condictio furtiva aufzuheben, sei es ziemlich einerlei, ob der gestohlene Sclave offerirt, oder die Obligation novirt werde. Diese Behauptung ist nur unter der Voraussetzung richtig, daß der gestohlene Sclave nach der Oblation, beziehungsweise nach der Novation starb. Diesen Umstand müssen wir mithin ergänzen. Und wenn Papinian seine Entscheidung in der Weise begründet, daß die mora, quae eveniebat ex furto, beendet sei, so heißt das eben nichts anders, als daß die Haftung für Zufall aufgehört habe. Es wird also in dieser Stelle ebenso wie in der vorhergehenden die Haftung des Fur für Zufall auf eine Mora zurückgeführt.

Tryphoninus fr. 20 de cond. furt.

Auch hier ist die gestohlene Sache untergegangen, gleichwohl soll die Condiction dauern, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere. Auch hier wird demnach die Haftung des Fur für Zufall auf eine Mora zurückgeführt.

Impp. Diocletianus et Maximianus c. ult. C. de cond. ob turp. causam 4, 7.

> Eum, qui ob restituenda, quae abegerat, pecora, pecuniam accepit, tam hanc, quam quae per hoc commissum tenuit, restituere debere convenit, licet

---

[2]) Vgl. zu dieser Stelle: Kniep, Bedingte Novation, Wismar und Ludwigslust, 1860, S. 32 – 35; Salkowski, Zur Lehre der Novation, Leipzig, 1866, S. 470—475.

mortua vel alio fortuito casu periisse dicantur, quum hoc casu in rem mora fiat.

Jemand, der Vieh fortgetrieben, hat sich für dessen Zurückbringung Geld geben lassen. Er muß sowohl das Geld, wie das fortgetriebene Vieh wieder zurückerstatten. In dem restituere debere stecken zwei Klagen: einmal die condictio ob turpem causam auf das Geld, und sodann die condictio furtiva auf das Vieh. Was nun die letztere Zurückerstattungsverbindlichkeit anbetrifft, so soll sie auch durch Tod oder sonstigen zufälligen Untergang des Viehes nicht fortfallen, und diese Haftung des Fur für Zufall wird auf eine mora in rem zurückgeführt.

Die vier hier besprochenen sind die sämmtlichen Stellen, welche von einer Mora des Fur handeln. Daß der Ausdruck mora in denselben technisch zu nehmen sei, kann nicht wohl zweifelhaft sein. Auch wird dieser Fall ziemlich unbestritten der technischen Mora beigezählt; man hat diese Mora bisher nur nicht richtig aufgefaßt.

So sagt Mommsen[3]): „Es wird nämlich, um die Verpflichtung des Fur zur Erstattung des Zeitinteresse zu motiviren, wiederholt ausgesprochen, daß derselbe von dem Augenblick der Begehung des Delicts an fortwährend in Mora sei."

Mommsen findet diese Auffassung seltsam. Er fährt gleich darauf fort: „Man hätte freilich, um einen Anspruch auf das Zeitinteresse zu begründen, eben sowohl davon ausgehen können, daß das furtum zum Ersatz eines jeden Schadens verpflichte, der durch dasselbe dem Beschädigten zugefügt sei, indem die utilitas temporis ja eben einen Theil dieses Interesse bildet. Die eben gedachte Auffassung ist jedoch im Römischen Recht nicht gewählt."

Hier ist Mommsen im Irrthum. Man lese nur z. B.

Paulus fr. 3 de cond. furt. 13, 1.

> Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendae, quod et Julianus scribit.

Ich meine, die Auffassung, welche Mommsen dem Römischen Rechte abspricht, ist hier von Paulus und Julian in ziemlich unzweideutiger Weise gewählt worden: es wird hier ausdrücklich bemerkt,

---

[3]) a. a. O. S. 76 ff.

daß mit der condictio furtiva Ersatz eines jeden Schadens geltend gemacht werden könne, der durch das Furtum dem Beschädigten zugefügt sei.

Nicht die Verpflichtung des Fur zur Erstattung des Interesse wird von den Römern auf eine Mora zurückgeführt, sondern der Satz, daß der Fur von Anfang an für Zufall hafte.

Dies scheint seltsam zu sein. So gut wie die Römischen Rechtsgelehrten sagten, die condictio furtiva gehe von Anfang an aufs Interesse, hätten sie ja auch nur sagen können, die condictio furtiva mache den Fur von Anfang an für Zufall verantwortlich.

Eine Erklärung dieser Erscheinung kann hier noch nicht gegeben werden. Nur darauf will ich hinweisen, daß wir es in letzterer Beziehung mit einer alterthümlichen Rechtsbildung zu thun haben. Tryphoninus sagt in dieser Beziehung ausdrücklich[4]):

> tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contectraverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

Das Interesse hingegen ist ein verhältnismäßig junger Rechtsbegriff.

In zwei Stellen erhielt die Mora des Fur einen Zusatz, gleichsam um sie von der Mora im engern Sinne auseinander zu halten. Papinian in d. fr. 17 spricht von einer mora, quae veniebat ex furto, und die Kaiser Diocletian und Maximian in d. c. ult. von einer mora in rem. In den beiden andern Stellen ist uns eine alte Rechtsregel aufbewahrt, die gleichfalls darauf hinweist, daß es mit dieser Mora eine andere Bewandtnis habe, als mit der Mora im engern Sinne.

Die Rechtsregel lautet: semper moram fur facere videtur. Was bedeutet diese Rechtsregel?

v. Savigny[5]) meint, der Dieb sei so zu betrachten, als ob er in jedem Augenblick seinen Diebstahl wiederholte. Die fragliche Regel solle eine eigenthümliche Verpflichtung des Diebes bemerklich machen. Sie dürfe nicht verstanden werden von der stetigen Fortdauer und Wirksamkeit der Mora überhaupt; denn diese Natur habe die Mora auch bei allen übrigen Schuldnern.

---

[4]) fr. 20 de cond. furt. 13, 1.

[5]) System, Band VI., S. 213 ff.

Die Vorstellung, daß der Dieb so zu betrachten sei, als wiederhole er seinen Diebstahl, findet sich freilich anderswo im Corpus Juris ausgesprochen [6]). Ich glaube nur nicht, daß unsere Regel so zu verstehen sei. Denn dann hätte sie nicht lauten müssen: semper moram fur facere videtur, sondern: semper furtum fur facere videtur.

Die wirkliche Bedeutung unserer Regel lehrt uns Tryphonin [7]). Während der gemahnte Schuldner durch Bereitsein zum Processe die Mora abwenden kann, steht der Dejicient und Fur anders da. Beiden nützt es nichts, wenn sie sich zum Processe bereit erklären, sie haften doch nach wie vor für Zufall. Für den Dejicienten begründet Tryphonin dies damit, daß er plus quam frustrator debitor sei, und für den Fur beruft er sich auf unsere Rechtsregel. Beim gemahnten Schuldner beginnt die Mora erst mit der Mahnung, und zwar nur dann, wenn alle Voraussetzungen vorhanden sind, welche die Mahnung erfordert. So kann z. B. der gemahnte Schuldner die Mora durch Bereitsein zum Processe abwenden. Eine derartige Bereiterklärung zum Processe nützt aber dem Fur nichts, denn dieser ist immer in Mora. Die Mahnung hat eine Obligation ohne Mora zu ihrer Voraussetzung. Der Schuldner, welcher durch Mahnung in Mora versetzt wird, hatte einmal eine Zeit, wo er von Mora frei war, nämlich die Zeit von der Entstehung der Obligation bis zur Mahnung. Eine solche Zwischenzeit fehlt aber beim Fur. Hier tritt mit dem Beginn der Verpflichtung auch sofort die Mora ein, und darauf bezieht sich die Rechtsregel: semper moram fur facere videtur.

Halten wir hiermit das Ergebnis zusammen, zu dem wir vorhin gelangt sind, daß beim Fur lediglich die Haftung für Zufall auf eine Mora zurückgeführt werde, so läßt sich der Inhalt unserer Rechtsregel genauer dahin angeben. Fur semper moram facere videtur heißt: der Fur haftet von Anfang an für Zufall, im Gegensatz zu sonstigen Schuldnern, wo die Haftung für Zufall erst mit der Mahnung eintritt.

II. Die Mora des Dejicienten.

Der Dejicient haftet wie der Fur von Anfang an für Zufall. Auch diese Haftung für Zufall wird von Ulpian, wie es scheint nach dem Vorgange Julian's, auf eine Mora zurückgeführt.

---

[6]) Ulp. fr. 50 pr. de furtis 47, 2: quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.

[7]) fr. 20 de cond. furt. 13, 1. fr. 19 de vi 43, 16.

Ulp. fr. 1, § 35, de vi 43, 16.

Huic consequens esse ait, ut villae quoque et aedium incendio consumtarum pretium restituere cogatur; ubi enim quis, inquit, dejecit, per eum stetisse videtur, quominus restitueret.

Die Ausdrucksweise per eum stetisse videtur ist technisch zu nehmen. Ulpian will damit ausdrücken, daß der Dejicient für Zufall hafte. Der betreffende Ausdruck steht hier also als Inbegriff einer bestimmten gesetzlichen Wirkung.

Das sind aber auch die beiden einzigen Fälle, wo die Römischen Rechtsgelehrten beim Delict von einer Mora sprechen, und lediglich die Haftung für Zufall ist es, welche hier auf eine Mora zurückgeführt wird.

Das interdictum de vi geht zwar auch auf das gesammte Interesse. Dieser Rechtssatz wird indes hier eben so wenig wie bei der condictio furtiva mit einer Mora in Verbindung gebracht[8]).

Mommsen[9]) begnügt sich nicht mit diesen beiden Fällen der Delictsmora, sondern stellt folgenden allgemeinen Satz auf:

„In denjenigen Fällen, in welchen der Schuldner durch ein Delict zur Restitution des Gegenstandes, auf welchen das Delict sich bezog, verpflichtet ist, entsteht zugleich mit der auf die Restitution gerichteten Obligation eine Mora, ohne daß es einer Interpellation bedarf."

Um diesen allgemeinen Satz zu rechtfertigen, beruft sich Mommsen noch auf Stellen wie:

fr. 16 de cond. furt. 13, 1;
fr. 1, § 25, Dep. 16, 3;
fr. 17, § 2, fr. 29 Rer. am. 25, 2;
fr. 1 vi bon. rapt. 47, 8;
pr. J. de bon. vi rapt. 4, 2;
c. 9 C. de furtis 6, 2;
c. 1 C. de his, quae vi 2, 20;
fr. 14, § 11, Quod M. C. 4, 2.

In diesen Stellen ist aber mit keiner Sylbe von mora die Rede.

Bei jedem malae fidei possessor nimmt Mommsen keine Mora an. Dagegen glaubt er, daß der malae fidei possessor durch Litis=

---

8) fr. 1, § 41, de vi 43, 16.

9) a. a. O. S. 76.

contestation in Mora versetzt werde. Daß auch dies nicht richtig ist, darauf werde ich noch zurückkommen.

III. Litiscontestation.

Ob bei der Litiscontestation die Haftung für Zufall auf eine Mora zurückgeführt wird, kann zweifelhaft sein. Es handelt sich hier um folgende Stelle:

Ulp. fr. 82, § 1, V. O. 45, 1.

Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus proinde, ac si homo viveret; et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere.

Mit dem Schlußsatze hat Ulpian sagen wollen, daß der promissor qui litigare maluit für Zufall hafte.

v. Savigny[10]) bezieht nun diesen Schlußsatz auf die Litiscontestation. Diese Erklärung ist möglich, und auch ich will hier von derselben ausgehen, bis sich was Besseres gefunden hat. In einer andern Beziehung kann ich mich aber jedenfalls nicht mit diesem Schriftsteller einverstanden erklären. v. Savigny legt nämlich ungebührliches Gewicht auf den Ausdruck maluit, und will die Stelle nicht von jeder Proceßführung überhaupt, sondern nur von einer frivolen, böswilligen verstehen.

Diese Erklärung ist zu gesucht und meines Erachtens vollständig unnöthig. Wir haben es hier nämlich mit einem judicium stricti juris zu thun, in solchem Falle haftete aber der Beklagte, mochte er nun frivoler Weise processiren oder nicht, stets für Zufall. Dies ist nicht nur in einzelnen Stellen ausdrücklich ausgesprochen[11]), sondern ergibt sich auch auf folgende Weise. Uns ist eine alte Rechtsregel aufbewahrt, welche dahin lautete, daß bei den judicia bonae fidei die Zeit des Urtheilspruches, bei den judicia stricti juris aber die Zeit der Litiscontestation, sobald es zur Abschätzung des Streitgegenstandes kam, zu Grunde gelegt wurde[12]). Diese Regel braucht man nur ganz einfach auf einen Proceß anzuwenden, wo um eine species, z. B. einen Sclaven, gestritten wird. Was ergibt sich dann? Bei den judicia stricti juris mußte der Römische Geschworne zusehen, was der Sclave im Augenblicke der Litiscontestation werth gewesen

[10]) System, Band VI., S. 82, 174.

[11]) fr. 8 de re jud. 42, 1; fr. 12, § 3, Dep. 16, 3. fr. 5 de conf. 42, 2.

[12]) fr. 3, § 2, Com. 13, 6.

war, ob er nachher gestorben, das kümmerte ihn nicht. Anders aber war es bei den judicia bonae fidei. War hier der Sclave nach der Litiscontestation gestorben, so scheint einmal alles dem Ermessen des Römischen Geschwornen anheimgestellt gewesen zu sein, ob er verurtheilen wollte oder nicht [13]). Mit der Zeit schliffen sich freilich die Gegensätze zwischen judicia bonae fidei und stricti juris immer mehr ab: und zwar nicht bloß in der Weise, daß die judicia stricti juris sich den judicia bonae fidei näherten [14]), sondern auch umgekehrt. So fehlte es denn auch nicht an Römischen Rechtsgelehrten, welche bei den bonae fidei judicia ebenso wie den stricti juris judicia den Beklagten nach der Litiscontestation, wenn auch nicht unter allen Umständen, für Zufall verantwortlich machten [15]), während freilich andere wieder sich dagegen sträubten [16]). Ob aber zwischen diesen beiden judicia auch umgekehrt eine Annäherung dahin versucht worden ist, daß man bei den judicia stricti juris in dieser Beziehung von dem alten Rigorismus etwas nachgelassen hätte, ist nicht ersichtlich.

v. Savigny, der diesen geschichtlichen Hergang verkennt, ist nicht bloß genöthigt, unser fr. 82, § 1, V. O., sondern außerdem manche andere Stellen gezwungen zu erklären [17]).

Während beim Dejicienten und Fur lediglich die Haftung für Zufall, wird bei der Litiscontestation außerdem noch eine andere Wirkung, nämlich die Verpflichtung zur Erstattung von Früchten und omnis causa auf eine Mora zurückgeführt. Den Beweis für diese Behauptung enthält gleichzeitig die Erörterung des jetzt folgenden Mora-Falles.

IV. Vermächtnis zu frommen Zwecken.

Hat ein Erblasser den Bau einer Kirche, eines Hospitals u. s. w. angeordnet, so sind die Erben bezw. Vermächtnisnehmer verpflichtet, eine derartige Anordnung zu befolgen. Zum Bau der Kirche sollen ihnen drei

---

[13]) arg. fr. 31, § 13, de aed. ed. 21, 1. Näheres Band II, § 64.

[14]) fr. 38, § 7, Us. 22, 1.

[15]) fr. 12, § 3, Dep. 16, 3.

[16]) fr. 14, § 1, Dep. 16, 3.

[17]) Dies gilt namentlich von fr. 8 de re jud. 42, 1; fr. 12, § 3; fr. 14, § 1, Dep. 16, 3. Vgl. dazu v. Savigny, System, Band VI., S. 174—176. Weit unbefangener schon Buchka, Einfluß des Processes, Rostock und Schwerin, 1846, 1847, Band I., S. 184 ff.

Jahre, im übrigen ein Jahr Zeit gelassen werden. Ist aber Erben oder Vermächtnisnehmern gleichzeitig auferlegt, für fromme Zwecke etwas herzugeben, so soll dies sofort geschehen, nachdem das Testament eröffnet, und die Erbschaft, bezw. das Vermächtnis erworben ist. Sind im ersteren Falle die drei, bezw. das eine Jahr fruchtlos abgelaufen, so soll das zum Bau der Kirche u. s. w. Hinterlassene den Bischöfen ausgeliefert werden, die dann die letztwillige Anordnung auszuführen haben [18]). Außerdem sind die säumigen Erben, bezw. Vermächtnisnehmer verpflichtet, vom Tode des Testators an sämmtliche Früchte, Einkünfte und jeglichen gesetzlichen Zuwachs herauszugeben [19]).

Von dieser Verpflichtung heißt es sodann:

οὐ, σκοπουμένης τῆς moras *ἀπὸ προκατάρξεως ἤ αἰτιάσεως, ἀλλ' αὐτῷ τῷ νόμῳ δοκούσης γίνεσθαι τῆς καλουμένης* moras, *χώραν λαμβανούσης τῆς τῶν καρπῶν καὶ τῆς τῶν τοιούτων προσθήκης.*	non habita ratione morae a litiscontestatione aut conventione, sed ipso jure fieri videatur mora, quae dici solet, et locum habeat fructuum et aliorum rerum accessio.

Es soll also nicht Rücksicht genommen werden auf die Mora, welche mit der Litiscontestation oder Mahnung eintritt, sondern ipso jure, *αὐτῷ τῷ νόμῳ*, soll die sogenannte mora eintreten, *αὐτῷ τῷ νόμῳ* soll der Zuwachs an Früchten und dgl. Statt finden.

Daß mora in dieser Stelle technisch steht, kann kaum zweifelhaft sein. Hierfür spricht einmal, daß der Anspruch auf Früchte u. s. w. ausdrücklich auf eine Mora zurückgeführt wird, und daß im Griechischen Urtext der Ausdruck mora eigens beibehalten worden. Ist aber mora hier technisch zu verstehen, so ist diese Stelle für das Verständnis der mora im weitern Sinne sehr lehrreich.

Justinian legt den Erben die Verpflichtung auf, Früchte, Einkünfte und sonstigen Zuwachs herauszugeben, und spricht in dieser Beziehung von Mora. Daß aber alle die Wirkungen der Mahnungsmora eintreten, daß z. B. die Erben auch für Zufall haften sollen, sagt er nicht. Dies ist auch sicherlich nicht Justinian's Meinung. Ist dies richtig, so folgt daraus, daß der Ausdruck mora auch da technisch gebraucht wird, wo nicht alle Wirkungen der Mahnungsmora

---

[18]) c. 46 pr. § 1 de ep. et cler. 1, 3.

[19]) c. 46 § 4, 5, vgl. auch § 8 C. de ep. et cler. I, 3.

eintreten. Und daraus ergibt sich dann wieder, daß die Römer eine doppelte technische Mora kennen, eine Mahnungsmora und eine Mora im weitern Sinne.

Zu dem nämlichen Ergebnisse kommen wir auch auf einem andern Wege. Litiscontestation und Mahnung haben verschiedene Wirkungen. Die Litiscontestation hat theils Wirkungen, welche wir bei der Mahnung nicht antreffen; und andererseits erzeugt wiederum die Mahnung Wirkungen, welche der Litiscontestation fehlen. Es gibt aber auch Wirkungen, welche beiden gemeinschaftlich sind, und hierzu gehört der Anspruch auf Früchte und sonstigen Zuwachs. Insofern nun beide diesen Anspruch erzeugen, spricht Justinian in beiden Fällen von Mora. Er hat damit sicherlich nicht sagen wollen, daß die Wirkungen der Litiscontestation und Mahnung stets dieselben sind. Die Litiscontestation wird hier also nur insofern der Mora beigezählt, als es sich hier um eine Wirkung handelt, die ihr mit der Mahnung gemeinschaftlich ist.

Mommsen[20]) ist unserer Stelle gegenüber einigermaßen in Verlegenheit. Einerseits verkennt er nicht, daß hier ohne Rücksicht auf Litiscontestation oder Mahnung ipso jure eine Mora eintreten soll, anderntheils machen es ihm die in der Stelle gebrauchten Ausdrücke keineswegs unzweifelhaft, daß in dem dort erwähnten Fall wirklich alle Folgen der Mora eintreten sollen.

Der Irrthum Mommsen's besteht eben darin, daß er nur eine technische Mora mit einer Summe bestimmter Wirkungen annimmt. So kann er sich in den Ideengang der fraglichen Constitution nicht hineinfinden, wo einerseits von technischer Mora gesprochen wird, während es doch andererseits klar ist, daß nicht sämmtliche Wirkungen der Mahnungsmora haben umfaßt werden sollen.

V. Freiheitsfideicommiß.

War einem Sclaven die Freiheit fideicommissarisch vermacht worden, so sollte die Wirksamkeit eines solchen Freiheitsfideicommisses weder durch Veräußerung noch Ersitzung beeinträchtigt werden können; vielmehr sollte ein solcher Sclave, falls er an einen neuen Eigenthümer kam, die Wahl haben, ob er vom neuen Eigenthümer oder dem mit dem Fideicommisse Belasteten freigelassen werden wollte. Und selbst wenn er schon vom neuen Eigenthümer freigelassen war, konnte er noch

---

[20]) a. a. O. S. 128.

verlangen, Freigelassener des ursprünglich zur Freilassung Verpflichteten zu werden. Aber auch wenn der Sclave darthun konnte, daß sein Recht, sei es nun aus der Person des Freilassers oder sonst wie durch die Freilassung verletzt werde, oder schon verletzt sei, sollte ihm zu Hülfe gekommen werden, damit seine Lage nicht härter werde, als der Testator gewollt hatte [21]).

Die Constitutionen, welche diese Rechtssätze eingeführt, hatten, wie angegeben, den Fall im Auge, wenn der mit dem Freiheitsfideicommisse bedachte Sclave durch Veräußerung oder Ersitzung einen andern Herrn erhalten. Nun konnte aber ein Sclave auch aus andern Gründen seinen Herrn wechseln. Von dieser Frage handelt Ulpian in der nachfolgenden Stelle.

fr. 26 pr. de fid. lib. 40, 5.

Quum vero is, qui rogatus non est alienum servum manumittere, mortalitatis necessitate, vel bonorum publicatione, ad alium servum perduxit, magis opinor, Constitutionibus esse locum, ne deterior conditio fideicommissae libertatis fiat. Nam et quum quidam rogatus esset, quum moreretur, servum manumittere, isque decessisset libertate servo non data, perinde eum habendum constitutum est, atque si ad libertatem ab eo perductus esset; potest enim eo testamento dare libertatem, utique directam. Sic fit, ut, quoties quis

Wenn aber derjenige, welcher mit dem Fideicommisse belastet war, einen nicht fremden Sclaven freizulassen, starb oder Concurs machte, und auf diese Weise der Sclave einen andern Eigenthümer erhielt, so bin ich mehr der Ansicht, daß die Constitutionen Platz greifen, damit nicht die Lage der fideicommissarisch mit der Freiheit Bedachten schlechter werde. Denn auch als Jemand, belastet mit dem Fideicommisse, „wann er stürbe, den Sclaven freizulassen", gestorben war, ohne dem Sclaven die Freiheit verschafft zu haben; wurde entschieden, es sei so anzusehen, als ob der Sclave durch ihn zur

[21]) Ulp. fr. 24, § 21, de fid. lib. 40, 5. Im zweiten Satze der Stelle ist nicht, wie in der Kriegel'schen Ausgabe geschehen, si hoc maluit is, qui rogatus est, sondern si hoc maluit, is qui rogatus est, zu interpungiren, das Komma also nach maluit zu setzen. Denn das Subject zu maluit ist nicht der Belastete, sondern der Sclave. — Für das Verständnis dieser Stelle vgl. z. B. fr. 15 eodem vba: interest enim nonnunquam, a sene potius manumitti, quam a juvene.

libertatem accepit fideicommissariam, si ab alio, quam qui erat rogatus, manumittatur, auxilium Constitutionum habeat, perindeque habeatur, atque si ab eo manumissus fuisset, quoniam fideicommissis libertatibus favor exhibetur, nec intercidere solet destinata fideicommissa libertas; qui enim ea donatus est, in possessionem libertatis interim esse videtur. Apparet igitur, subventum fideicommissis libertatibus, ut in re mora facta esse his videatur.

Freiheit gelangt sei; er kann ihm ja in diesem Falle durch Testament sogar die directe Freiheit verleihen. So kommt es, daß so oft Jemand die Freiheit fideicommissarisch erhalten hat, wenn er von einem andern als dem Belasteten freigelassen wird, auf den Schutz der Constitutionen Anspruch hat, und ebenso angesehen wird, als wäre er vom Belasteten freigelassen, weil das Recht die fideicommissarisch Freigelassenen begünstigt, und die fideicommissarisch zugedachte Freiheit nicht unterzugehen pflegt, denn wer mit ihr beschenkt worden, befindet sich inzwischen im Besitze der Freiheit. Es leuchtet demnach ein: der fideicommissarischen Freiheit ist in einer Weise zu Hülfe gekommen, daß man hier von einer mora in re sprechen kann.

Was zunächst den Text anbetrifft, so ist das erste non in unserer Stelle in der Kriegel'schen Ausgabe als sinnstörend bezeichnet. Allein gerade das Fehlen des non würde sinnstörend sein. Ulpian spricht hier von einem nichtfremden Sclaven, d. h. von einem Sclaven, der entweder dem Belasteten oder dem Testator gehörte. Bei einem fremden Sclaven griffen ganz andere Rechtsgrundsätze Platz [22]).

Best [23]), Schulting [24]) und Burchardi [25]), so wie auch Theodor Mommsen wollen dem non eine andere Stellung geben, es hinter est und vor alienum stellen. Nun ist allerdings richtig, daß non dem Sinne nach zu alienum gehört. Hätte demnach Ulpian präcis sein wollen, so hätte er non alienum schreiben müssen. Ob man aber deshalb nöthig hat, den Text zu ändern, ist eine andere

[22]) fr. 31, § 4, de fid. lib. 40, 5.

[23]) Ratio emendandi Cap. I, pag. 45.

[24]) Notae ad Digesta zu dieser Stelle.

[25]) Juristische Hermeneutik, Kiel 1869, S. 45.

Frage. Ulpian könnte ja auch in seiner Ausdrucksweise etwas nachlässig gewesen sein.

In dem Satze potest enim eo testamento dare libertatem nimmt Schulting a. a. O. an eo Anstoß, und vermuthet statt dessen entweder ei oder et. Allein sollte eo nicht heißen können in diesem Falle? Dann wäre der Sinn dieser: in diesem Falle, wo der Sclave dem Belasteten gehört, kann er ihm durch Testament zur Freiheit verhelfen. Und als Gegensatz hätte man hinzuzudenken: wo es sich um einen fremden Sclaven handelt, kann er dies nicht[26]).

Dieselbe Bedeutung hat eo meines Erachtens in folgender Stelle:

fr. 3 pr. de poll. 50, 12:

> Sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur,

wo freilich Haloander und Vulgata eo auslassen. Ebenso hat ibi die Bedeutung in diesem Falle[27]), und ibi und eo werden auch sonst promiscue gebraucht. So heißt ibi nicht bloß daselbst, sondern auch dahin[28]), und umgekehrt eo nicht bloß dahin, sondern auch daselbst[29]).

Theodor Mommsen schlägt hier folgende Umstellung vor: perductus esset testamento: potest enim eo dare. Auch dazu dürfte kein hinreichender Grund vorliegen.

Statt in possessionem libertatis esse, wie die Florentina hat, lesen Haloander, Vulgata und Kriegel in possessione. Allein man kann die Lesart der Florentina ruhig beibehalten. In aliquam rem esse kommt öfter vor, wo wir in oder auf mit dem Dativ gebrauchen[30]).

Der Schlußsatz apparet igitur hört selbstredend zum Vorhergehenden. Deshalb ist das Paragraphenzeichen auch nicht wie in der Kriegel'schen Ausgabe vor apparet, sondern hinter videatur zu setzen. Hiermit stimmen die Basiliken[31]) überein, wo an entsprechender Stelle so geschlossen wird:

---

[26]) Gaj. II, 267.

[27]) fr. 1 In jus vocati 2, 6; fr. 35, § 3, N. G. 3, 5.

[28]) fr. 1 de O. J. 1, 2; c. 18 C. de fide instr. 4, 21.

[29]) fr. 7 de ann. leg. 33, 1.

[30]) Eine Reihe Belegstellen für diesen Sprachgebrauch siehe in der Böcking'schen Ausgabe des Gajus, Addenda ad I, § 55, Note 2.

[31]) Bas. XLVIII, 4, 26 pr.

ἐπειδὴ ὅτε παρ᾽ ἑτέρων, καὶ οὐχὶ παρὰ τῶν κ ελευσθέντων ἐλευθεροῦται, χώρα ταῖς διατάξεσιν, διότι ἐξ αὐτοῦ ὑπέρθεσις γίνεται.

Auch in der Mommsen'schen Ausgabe ist die unrichtige Paragraphensetzung beibehalten. Hier ist die Sache sogar noch insofern verschlimmert, als hinter videatur jegliche Interpunction fehlt.

Ich gehe jetzt zum Inhalt der Stelle selber über.

Nach den Constitutionen, die Ulpian uns in fr. 24, § 21 de fid. lib. mitgetheilt, hatte im Falle einer Veräußerung oder Usurpation der mit dem Freiheitsfideicommiß bedachte Sclave die Wahl, von wem er freigelassen werden wollte, ob von seinem früheren, oder seinem neueren Eigenthümer. Ulpian meint nun in unserer Stelle, dieser Schutz reiche noch nicht aus, und erörtert dies weitläufiger an folgendem Falle. Es ist Jemand, der belastet war mit dem Fideicommisse, „wenn er stürbe, den Sclaven frei zu lassen", gestorben, ohne seiner Verbindlichkeit nachgekommen zu sein. Wie nun hier, wo der Sclave durch Erbgang einen neuen Eigenthümer erhalten hat? Die Constitutionen geben dem Sclaven nur ein Wahlrecht, entweder den früheren oder den späteren Eigenthümer um Freilassung anzugehen. Dieses Wahlrecht hat nun der Sclave im vorliegenden Falle entschieden nicht. Denn so lange der Belastete lebte, konnte er nichts sagen, weil das Fideicommiß noch nicht fällig war. Nach seinem Tode kann aber der Belastete keine Freilassung mehr vornehmen. Und eine Freilassung durch den Erben hätte den Sclaven jedenfalls benachtheiligt, weil er dann kein libertus orcinus geworden wäre. Soll also ein mit dem Freiheitsfideicommisse bedachter Sclave gegen jegliche Unbill geschützt werden, so muß man noch weiter gehen, als die Constitutionen, und sagen: es ist ganz einerlei, ob ein anderer als der eigentliche Verpflichtete die Freilassung vornimmt; es muß doch, wenn der Freigelassene dies für vortheilhafter hält, so angesehen werden, als wäre die Freilassung vom zunächst Verpflichteten erfolgt. Demgemäß kann sich der Sclave im vorliegenden Falle ruhig vom Erben die Freiheit verleihen lassen, er gilt darum doch als libertus orcinus: es wird darum doch so angesehen, als ob der zunächst Verpflichtete ihm durch Testament direct die Freiheit gewährt hätte.

M. a. W.: Der Verpflichtete muß die Freiheit unaufgefordert gewähren, ohne erst die Mahnung von Seiten des Sclaven abzuwarten: man kann hier also von einer mora in re sprechen.

Die mora in re, um die es sich hier handelt, erklärt sich also aus einer Vergleichung zweier Rechtsbildungen, der Rechtsbildung, wie sie kaiserliche Constitutionen festgesetzt, und der Rechtsbildung, wie sie sich hier angeschlossen hatte. Die Constitutionen, so wohl sie dem Sclaven auch wollten, mutheten ihm doch noch zu, daß er seine Freilassung selber betreibe. Anders die neuere Rechtsbildung, wonach es gar nichts schaden soll, wenn auch der ursprünglich Verpflichtete gestorben ist, ohne die Freiheit gewährt zu haben. Die von jedem andern Eigenthümer gewährte Freilassung soll die nämlichen Wirkungen haben, und bis es zu dieser Freilassung gekommen, soll es so angesehen werden, als ob sich der Sclave inzwischen im Besitze der Freiheit befände.

Ulpian mit seiner mora in re will hier dasselbe sagen, was an einer andern Stelle Marcian [32]) in die Worte faßt:

> quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is, qui eam debet, offerre debeat.

Mommsen [33]) hat, verleitet durch die falsche Interpunction der Kriegel'schen Ausgabe, die mora in re, um die es sich hier handelt, völlig misverstanden. Er bezieht nämlich den Schlußsatz apparet u. s. w. zum Folgenden. Im folgenden § 1 unseres fr. 26 ist nun allerdings auch wieder von mora in re die Rede, aber nur als Begleiterin der Minderjährigkeit. Zu diesem Falle gehe ich jetzt über.

VI. Minderjährigkeit.

Unmittelbar nach der soeben besprochenen Stelle fährt Ulpian so fort.

Ulp. fr. 26, § 1, de fid. lib. 40, 5.

Et ex die quidem quo libertas (deberi coeperit, si ancilla pepererit, editi ex ipsa, a qua fideicommissa libertas) peti potuit, matri traderentur manumittendi causa, ex die vero, quo petita est, ingenui nascantur. Plerumque enim per ignaviam, vel per timiditatem	Und wenn eine Sclavin, welche die ihr fideicommissarisch vermachte Freiheit verlangen konnte, nachdem dies Fideicommiß fällig geworden, geboren hat, müssen ihr, als der Mutter, die Kinder zum Zwecke der Freilassung überliefert werden; nach dem Tage aber, wo die Freiheit gefordert worden, sollen die

[32]) fr. 53 pr. de fid. lib. 40, 5.

[33]) a. a. O. S. 131.

eorum, quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam juris sui, vel per auctoritatem et dignitatem eorum a quibus relicta est, vel serius petitur, vel in totum non petitur fideicommissa libertas; quae res obesse libertati non debet. Quod igitur defendimus, ita determinandum est, ut ingenui quidem exinde nascantur, ex quo mora libertati facta est; manumitti autem partum dici debeat, ex quo peti libertas potuit, quamvis non sit petita. Certe minoribus viginti quinque annis et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur in re mora esse; nam qua ratione decretum, et a Divo Severo constitutum est, in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti.

Kinder als Freie geboren werden. Denn meistens wird aus Trägheit, Furchtsamkeit der Bedachten, oder aus Unbekanntschaft mit ihrem Recht, oder wegen des Ansehens und der Würde der Belasteten die fideicommissarisch zugedachte Freiheit entweder gar nicht, oder zu spät gefordert. Hierunter soll die Freiheit nicht leiden. Was wir nun befürworten, ist genauer dahin anzugeben, daß nach der Mahnung die Kinder als Freie sollen geboren sein, während die, welche geboren wären, nachdem das Freiheitsfideicommiß zwar fällig, aber nicht gefordert worden, freigelassen werden müßten. Nur bei Minderjährigen ist auch hier in der Weise zu Hülfe zu kommen, daß eine Mora in der Sache selber gefunden wird. Denn so gut, wie decretirt und vom Kaiser Severus constituirt worden, daß bei Geldfideicommissen, die Minderjährigen hinterlassen sind, in der Sache selber eine Mora liege, um so viel mehr muß dies auch bei Freiheitsfideicommissen zugelassen werden.

Den Anfang dieser Stelle hat die Florentina so:

> Et ex die quidem, quo libertas peti potuit, matri traderentur manumittendi causa.

Das gibt keinen Sinn; der Text ist offenbar corrupt. Im Principium war von einem Sclaven die Rede, jetzt mit einem Male von einer Mutter, und diese Mutter soll freilassen, ohne daß man sieht, wo die Kinder herkommen.

Schulting bemerkt zu unserer Stelle, es müßte hier nati entweder ausgefallen sein oder doch wenigstens ergänzt werden. Allein

wo soll man es her ergänzen? Auch glaube ich, daß hier mehr ausgefallen ist, als bloß nati.

Die Basiliken XLVIII, 4, 26, § 1 lesen hier:

> Ὅθεν καὶ γυνὴ ἀφ' οὗ μὲν ὤφειλεν ἀπαιτῆσαι τὴν ἐλευθερίαν, κἂν μὴ ἀπαιτήσασα τέκῃ, λαμβάνει τὸ τεχθέν, ἵνα αὐτὴ ἐλευθερώσῃ.

Das ginge schon zur Noth. Noch beachtenswerther ist indes ein Scholion zu den Basiliken [34]). Während nämlich die Basiliken selber das Corpus Juris hier nur in abgekürzter Gestalt wiedergeben, ist dieses Scholion, abgesehen davon, daß der Scholiast Ulpian zweimal misverstanden hat, eine nahe zu wortgetreue Uebersetzung von fr. 26 pr. § 1 de fid. lib. Statt der hier in Betracht kommenden Worte der Florentina hat aber der Scholiast folgenden Satz:

> καὶ ὅτε μὲν ἁρμόσει τῇ δούλῃ καὶ δύναται ἀπαιτεῖσθαι ἡ ἐλευθερία, ἐὰν τέκῃ, αὐτῇ τῇ μητρὶ παραδίδοται ὁ τεχθεὶς παρ' αὐτῆς τῆς τιμηθείσης φιδεϊκομισσαρίᾳ ἐλευθερίᾳ υἱος, ἵνα παρ' αὐτῆς ἐλευθερωθῇ.

Man muß demnach annehmen, daß dieser Scholiast aus einer Quelle geschöpft hat, die ein vollständigeres Digestenexemplar als die Florentina, wenn nicht gar den wirklichen Ulpian selber vor Augen hatte.

Auf Grund dieses Scholion habe ich eine Restitution unseres Textes versucht. Ich ging hierbei von folgendem Gesichtspunkte aus. Der Scholiast braucht zweimal den Ausdruck ἐλευθερίᾳ. Ich nehme nun an, daß Ulpian zweimal den Ausdruck libertas gebrauchte, und daß dieser zweimal kurz hinter einander vorkommende Ausdruck die Veranlassung zu unserer Lücke wurde. Hierfür spricht noch, daß derselbe Schreiber der Florentina ein paar Fragmente später in demselben Titel, verleitet durch das zweimal kurz hinter einander vorkommende ingenuum, sich ein ähnliches Versehen hat zu Schulden kommen lassen. Er läßt nämlich in fr. 53 pr. de fid. lib. ganz weg die Worte:

> sed sunt Constitutiones, quibus cavetur, statim, ex quo libertas deberi coeperit, ingenuum,

die erst von zweiter Hand der Florentina hinzugefügt sind.

Auch in der Mommsen'schen Ausgabe ist auf dieses Scholion aufmerksam gemacht. Th. Mommsen begnügt sich indes mit der Einschaltung: ex ancilla quoque ita manumissa qui nascuntur.

---

[34]) Heimbach, Band IV., S. 665.

Der Gedanke, den Ulpian in unserer Stelle ausspricht, läßt sich kurz so wiedergeben. Kinder, die geboren werden, nachdem für die Mutter das Freiheitsfideicommiß fällig war, müssen zur Freiheit gelangen. Hatte die Mutter vor der Geburt bereits gemahnt, so werden die Kinder frei geboren, sonst müssen sie der Mutter zum Zwecke der Freilassung überliefert werden. War aber die Mutter noch minderjährig, so soll die Ingenuität auch ohne Mahnung eintreten. Diese Wirkung der Minderjährigkeit wird auf eine mora in re zurückgeführt.

Dabei bemerkt Ulpian, daß die Minderjährigkeit auch bei Geldfideicommissen eine mora in re im Gefolge habe. Hier erzeugte sie nämlich einen Zinsenanspruch, und dieser Zinsenanspruch wird auch noch in zwei andern Stellen auf eine Mora zurückgeführt.

c. 3 C. in quib. caus. 2, 41.

Impp. Diocletianus et Maximianus.

In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto jure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus, et fideicommissis et legatis.

Diese Stelle ist auch insofern merkwürdig, als mora hier zweimal technisch, beide Male aber in verschiedenem Sinne vorkommt. Das erste Mal ist die mora im weitern Sinne gemeint, das zweite Mal die Mahnungsmora.

In his videlicet, quae moram desiderant heißt: bei den Obligationen, welche eine Mahnung ersehnen, um größer zu werden. Lieber aber noch möchte ich considerant statt desiderant vorschlagen, vgl. Vat. Fr. § 2. Die Anfangssilben con und de u. a. werden nämlich häufig in den Handschriften ganz weggelassen, vgl. Fuchs, Kritische Studien, S. 68, und konnten daher leicht mit einander verwechselt werden.

Paul. fr. 17, § 3, Us. 22, 1.

Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam divus Pius rescripsit, ergo nec ei debetur, qui quod rei publicae causa afuit vel ex alia causa justa impeditus, ex qua restitutio indulgetur, petere non potuit: quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit? nec simile videri posse,

quod placuit minoribus etiam in his succurri quae non adquisierunt: usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur.

Die Anwendbarkeit des hier als bekannt vorausgesetzten [35]) Satzes, daß die Minderjährigkeit bei Geldfideicommissen einen Anspruch auf Zinsen erzeuge, hatte Kaiser Pius in dem hier mitgetheilten Rescripte davon abhängig gemacht, daß der Pupill einen Tutor habe, dem gültig gezahlt werden könne, und dies so ausgedrückt: wenn der Pupill keinen Tutor habe, könne auch von einer Mora der Erben keine Rede sein, non videri moram per heredem factam. Daß mora hier technisch zu nehmen sei, kann nicht wohl zweifelhaft sein. Denn indem Kaiser Pius das Vorhandensein einer mora verneinte, wollte er nur sagen, daß kein Zinsenanspruch begründet sei.

Kaiser Pius sprach also aus, daß die Minderjährigkeit nicht in der Weise, wie sie zur Restitutionsertheilung ausreiche, auch genüge, um diesen Zinsenanspruch hervorzubringen, sondern daß hierzu ein mehreres erforderlich sei.

Diesen Gedanken müssen wir ergänzen, und zu den Worten ergo nec ei debetur aus dem Vorhergehenden usurarum emolumentum hinzunehmen. Vielleicht ist aber die Endsylbe ur in debetur aus einer misverstandenen Abkürzung von usuras hervorgegangen, so daß zu lesen wäre debet usuras.

Paulus zieht nämlich aus diesem kaiserlichen Rescripte für Großjährige den Schluß, daß auch sie nicht wegen derselben Gründe, weswegen sie Restitution erhielten, Anspruch auf Fideicommißzinsen hätten, daß also einer wegen Abwesendheit, wie sie zur Restitution ausreiche, unterbliebenen Mahnung keineswegs die Wirkungen einer wirklich vorgenommenen Mahnung beizulegen seien. Denn einem Schuldner, der, selbst wenn er hätte zahlen wollen, hierzu nicht im Stande war, könne keine Zinsverbindlichkeit aufgebürdet werden. Hinsichtlich der Minderjährigen wird dann noch als Zweifelsgrund der aufgeworfen, daß ja Minderjährige auch wegen entgangenen Gewinnes Restitution erhielten [36]), dieser aber dadurch beseitigt, daß die Zinsen dem Schuldner nicht wegen eines dem Gläubiger entgangenen Gewinnes, sondern wegen dessen Mora auferlegt würden.

---

[35]) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 122.

[36]) fr. 7, § 6, Min. 4, 4.

Im Schlußsatz ist mora gleichfalls technisch zu verstehen, bezieht sich aber ebenfalls auf die Mora im weitern Sinne, da ja der Fall der Minderjährigkeit von Paulus zum mindesten auch mitumfaßt werden soll.

Mommsen[37]) scheint übrigens der Ansicht zu sein, daß unsere Stelle vom Aufhören einer Zinsverbindlichkeit rede. Dies ist nicht der Fall; sie handelt lediglich vom Nichtentstehen einer Zinsverbindlichkeit.

Ich gehe jetzt zu einer andern Wirkung über, die nach Ulpian die Minderjährigkeit haben soll, und von diesem auf eine Mora zurückgeführt wird.

Ulp. fr. 3, § 1, 2 de adim. leg. 34, 4.

Si quis Titio legaverit sic: „Titio dato aut, si Titius ante „decesserit, quam accipiat, „Sempronio dato", secundum meram subtilitatem utrique obligatum videri heredem, id est et Sempronio et heredi Titii, sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes ejus legati exactio transmittitur Sempronio repellendo: sin autem nulla mora intercesserit, tunc Sempronius legatum accipit, et non Titii heredes. Sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum.

Wenn Jemand dem Titius in der Weise legirt hat: „dem Titius sollst du geben, oder, wenn Titius vorher gestorben ist, ehe er entgegennimmt, sollst du dem Sempronius geben"; so scheint der Erbe, nimmt man die Sache auf die Spitze, beiden verpflichtet zu sein, sowohl dem Sempronius als dem Erben des Titius. Allein — hat zwar Titius den Erben gemahnt, so überträgt er die Legatenforderung auf seine Erben; ist indes keine Mahnung erfolgt, dann erhält Sempronius das Legat, und nicht die Erben des Titius. Ist aber Titius vor dem dies legati cedens gestorben, so wird allein dem Sempronius das Legat geschuldet.

Idem dicendum est et fideicommissa hereditate puero data aut, si ante restitutam decessisset, matri ejus relicta: ut,

Dasselbe muß man auch sagen, wenn ein Universalfideicommiß einem Unmündigen gegeben, oder, wenn er vor dessen Restitution ge=

[37]) a. a. O. S. 288.

si puer ante diem legati cedentem decessisset, matri debeatur, si postea, ad pupilli heredes fideicommissum transmittatur, utpote re ipsa mora subsecuta.

storben, seiner Mutter hinterlassen wäre; so daß, wenn der Unmündige vor dem dies legati cedens gestorben, der Mutter geschuldet wird, wenn aber hernach, daß dann das Fideicommiß auf die Erben des Unmündigen übergeht, als wäre die Mora von selber auf dem Fuße nachgefolgt.

Was zunächst den Text anbetrifft, so meint Theodor Mommsen, daß im § 1 hinter Sempronio dato einzuschalten sei: et post diem legati cedentem Titius decesserit. Dem Sinne würde eine derartige Einschaltung allerdings vollkommen entsprechen, eine andere Frage ist aber, ob wir sie nöthig haben. Das glaube ich verneinen zu müssen. Denn daß Ulpian bei Erörterung seines Falles sich den Titius als gestorben denkt, zeigt der Ausdruck heredi Titii; daß er ihn sich aber zunächst post diem legati cedentem gestorben denkt, geht aus dem Schlußsatze des § 1 hervor.

Weiter gibt Theodor Mommsen einem Aenderungsvorschlag von Menge seine Zustimmung, wonach der Schluß des unserer Stelle vorausgehenden fr. 3 pr. „sed et si — — — Sempronio debetur als Schluß unserm § 1 anzuhängen wäre. Allein der § 1 enthält so, wie die Florentina liest, einen völlig in sich abgeschlossenen Gedanken, so daß ich nicht einzusehen vermag, weshalb man hier etwas anhängen will. Ferner hat eine derartige Einschiebung den § 2 gegen sich, der sich mit seinem idem dicendum est doch eng an den Schlußsatz des § 1 „sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius“ anschließen will. Allerdings ist Sempronio in fr. 3 pr. störend. Doch scheint mir eine weit näher liegende Abhülfe die zu sein, daß man im Principium entweder Sejo statt Sempronio, oder Sempronio statt Sejo liest[38]).

Der Fall, von dem Ulpian ausgeht, ist dieser. Einem Erben ist ein Legat an den Titius auferlegt, oder, wenn dieser nicht annimmt, an den Sempronius. Nun ist Titius nach dem dies cedens gestorben, ohne daß er angenommen hat. Der Regel nach überträgt ein Legatar, welcher nach dem dies cedens stirbt, das Legat auf seine Erben[39]).

---

[38]) Vgl. Schulting zu dieser Stelle.

[39]) fr. 5 pr. Quando dies 36, 2.

Andererseits ist auch die Bedingung für Sempronius eingetreten. Wollte man also spitzfindig sein, so käme man dahin, den Erben beiden gegenüber, sowohl dem Sempronius, als dem Erben des Titius, für verpflichtet zu erklären. Allein der Wille des Testators ist offenbar nur gewesen, daß der Erbe einmal das Legat zahlen solle. Darauf weist das aut in der letztwilligen Verfügung ganz entschieden hin. Es kann also nur die Frage sein, wem von beiden er zu zahlen habe. Um dies zu entscheiden, muß man aber den Ausdruck accipiat nicht auf die Waagschale legen. Denn ohne Zweifel wollte der Testator es dem Titius anheim geben, ob er das Legat anzunehmen Willens sei. Es soll daher genügen, wenn er den Erben gemahnt hat. Hielte man eine derartige Mahnung nicht für genügend, so hinge es ja mit von der Willkür des Erben ab, wen er begünstigen wolle, ob den Titius oder Sempronius. Einen solchen Einfluß dem Erben zu gewähren, hat aber nicht in der Absicht des Testators gelegen.

Ist dagegen Titius nach dem dies cedens gestorben, ohne daß er gemahnt hat, so sollen nicht die Erben des Titius, sondern Sempronius das Legat haben. Denn die Rücksichtnahme konnte der Testator vom Titius in diesem Falle verlangen, daß er, wollte er das Legat haben, seinen Willen durch Mahnung des Erben bekundete.

Ist aber Titius vor dem dies legati cedens gestorben, so wird das Legat ohne weiteres dem Sempronius geschuldet.

Hieran reiht Ulpian die Entscheidung eines andern Falles, wo ein Universalfideicommiß zunächst einem Unmündigen vermacht ist, für den Fall aber, daß er vor der Restitution stürbe, seiner Mutter. Ist nun der Unmündige vor dem dies legati cedens gestorben, so wird das Universalfideicommiß der Mutter geschuldet. Ist aber der Unmündige nach dem dies legati cedens gestorben, so soll das Fideicommiß auf die Erben übergehen, als wäre die Mora von selber dem dies cedens auf dem Fuße nachgefolgt.

Ulpian muß sich die Sache so gedacht haben. Ueberlebt ein Großjähriger den dies legati cedens, so kann man von ihm, wenn für den Fall, daß er nicht annimmt, ein Substitut letztwillig ernannt worden, mindestens die Rücksichtnahme auf den Testator verlangen, daß er den Erben mahnt. Denn ein Großjähriger kann verschiedene Gründe haben, weshalb er ein Legat nicht annimmt, sondern lieber dem Substituten gönnt. Derartige Erwägungen fallen bei einem Unmündigen ganz fort. Daß dieser sich über Annahme oder Nichtannahme unzwei-

deutig ausspreche, kann der Testator wohl kaum erwartet haben. Deshalb soll hier eine Mahnung auch gar nicht erforderlich sein, das Vermächtnis soll auch ohne Mahnung den Erben des Unmündigen zufallen.

Ich will es dahin gestellt sein lassen, ob die Entscheidung Ulpian's über allem Zweifel erhaben ist. Ich will nur darauf hinweisen, daß es Römische Rechtsgelehrte gab, die den fraglichen Fall anders entschieden hätten[40]). Eben so wenig soll hier untersucht werden, ob die betreffenden Stellen sich wirklich in der Weise verwenden lassen, wie neuerdings von Köppen[41]) geschehen. Mir kam es nur darauf an, den Ideengang Ulpian's zu entwickeln, um festzustellen, was er sich unter der mora re ipsa gedacht habe.

In dieser Beziehung unterliegt es nun wohl zunächst keinem Bedenken, daß Ulpian den fraglichen Ausdruck technisch genommen hat. Denn es handelt sich hier um eine Wirkung, die der dies cedens beim Vermächtnis eines Unmündigen haben soll, und die auf eine Mora zurückgeführt wird.

Ferner wird Ulpian auch in § 1 die technische Mahnungsmora im Sinne gehabt haben, und doch kommt diese hier gar nicht als solche in Betracht[42]). Denn es stehen hier gar nicht gesetzliche Wirkungen der Mahnungsmora in Frage. Die Mahnung kommt hier nur insofern in Betracht, als es sich um Auslegung der letztwilligen Verfügung handelt. Ulpian meint, es sei der Wille des Testators gewesen, daß der Erbe des Titius schon dann Anspruch auf das Legat habe, wenn Titius, ohne empfangen zu haben, nur gemahnt hätte. So wenig aber die vertragsmäßigen Wirkungen der Mahnung mit den gesetzlichen verwechselt werden dürfen, so wenig darf dies auch hinsichtlich der Wirkungen geschehen, welche eine Mahnung zufolge letztwilliger Anordnung haben soll.

Also die Wirkung der Mahnung, welche hier in Betracht kommt, ist keine gesetzliche. Gleichwohl spricht aber Ulpian auch da von einer mora re ipsa, wo eine nicht gesetzliche Wirkung, welche die Mahnung eines Großjährigen gehabt hätte, bei einem Unmündigen ohne Mahnung eintritt. Daraus geht hervor, es muß mit dieser mora re ipsa eine andere Bewandtnis haben, als mit der Mahnungsmora. Die Römer können, wo sie von einer Mora im weitern Sinne sprechen,

[40]) fr. 25 pr. ad S. C. Treb. 36, 1.

[41]) Ihering's Jahrbücher, Bd. III., S. 188, S. 207 ff.

[42]) Mommsen a. a. O. S. 125 ff.

unmöglich stets sämmtliche gesetzliche Wirkungen der Mahnungsmora im Auge gehabt haben. Denn es wird ja auch da von einer mora re ipsa gesprochen, wo es sich um Wirkungen handelt, die das Gesetz der Mahnung gar nicht beigelegt hat. Es muß demnach eine zweifache technische Mora geben.

Drei Wirkungen der Minderjährigkeit sind es demnach, welche auf eine Mora zurückgeführt werden: Ingenuität, Zinsenanspruch und Uebergang einer Vermächtnisforderung auf die Erben.

Mommsen[43]) zählt die Minderjährigkeit zu den vermeintlichen Fällen der Mora, und ist in Folge dessen genöthigt, die hier erörterten Stellen gezwungen zu erklären. Er beruft sich hauptsächlich auf fr. 87, § 1 Leg. II und c. 5 C. de act. empti 4, 49. Allein in beiden Stellen ist nur das Vorhandensein einer Mahnungsmora verneint. Windscheid[44]) ist der Ansicht, daß die Minderjährigkeit den Fällen beizuzählen sei, wo ohne Mahnung eine technische Mora entstehe. Da aber Windscheid ebenso wenig wie Mommsen eine zweifache technische Mora annimmt, so befindet er sich umgekehrt in der Lage, gerade die Stellen gezwungen auszulegen, auf die Mommsen sich vorzugsweise beruft.

VII. Abwesenheit des Schuldners.

Ulp. fr. 23, § 1, Us. 22, 1.

Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur.	Bisweilen pflegt decretirt zu werden, daß auch in der Sache eine Mora liege, wenn der Zubelangende gerade nicht da ist.

Diese mora in re vertritt die Stelle der Mahnung. Auf die nähern Voraussetzungen derselben kann ich hier noch nicht eingehen[45]).

Was die Wirkungen anbetrifft, welche hier auf eine mora in re zurückgeführt werden sollen, so ist anscheinend hierüber in der Stelle nichts gesagt. Da aber diese mora in re die Mahnung vertreten soll, müssen wir doch wohl annehmen, daß in diesem Falle mit dem Ausdruck mora in re sämmtliche Wirkungen der Mahnung umfaßt sind. Hieran würde auch dadurch nichts geändert, wenn es mir gelingen sollte, nachzuweisen, daß Ulpian ganz bestimmte Wirkungen der

[43]) a. a. O. S. 119 ff.

[44]) Pandekten § 278.

[45]) Vgl. unten § 61.

Mahnung im Auge hatte: die Stelle ist nämlich aus einem Buche des Edictscommentars, wo Ulpian vom Dotalrecht handelte. Die Justinian'schen Compilatoren haben unsere Stelle jedenfalls als eine allgemein redende aufgefaßt wissen wollen.

§ 5.

Die Mahnungsmora im Gegensatz zur Mora im weitern Sinne.

Die sieben im vorigen Paragraphen besprochenen Fälle sind, abgesehen von der Mahnungsmora, die einzigen, wo meines Wissens im Corpus Juris von einer technischen Mora die Rede ist.

Schon im vorigen Paragraphen habe ich hier und da Gelegenheit gefunden, darauf hinzuweisen, daß es mit dieser Mora im weitern Sinne eine andere Bewandtnis haben müsse, als mit der Mahnungsmora.

In diesem Gedanken wird man bestärkt, wenn man erwägt, daß es neben den im vorigen Paragraphen erörterten einerseits Stellen gibt, die eine technische Mora nur durch Mahnung entstehen lassen, und daß es auch an Stellen nicht fehlt, wo solchen Fällen, die anderwärts der technischen Mora beigezählt sind, die Mora-Eigenschaft abgesprochen wird.

Die hauptsächlicheren Stellen dieser Art will ich hier erörtern.

Marcian fr. 32 pr. Us. 22, 1.

> Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit.

Hier sagt Marcian ausdrücklich, daß die Mora nur durch Mahnung entstehe, nicht ex re.

Mommsen[1]) versteht diese Stelle so, daß zur Begründung der Mora regelmäßig eine Interpellation erfordert werde. Dann hätte Marcian plerumque oder ein ähnliches Wort hinzufügen müssen.

Paul. R. S. III, 8, § 4.

> Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt; mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur.

---

[1]) a. a. O. S. 35.

Die Stelle ist insofern ungenau, als das, was hier von den Legaten gesagt wird, für's Vorjustinian'sche Recht nicht ganz zutrifft[2]). Paulus spricht auch nicht so bestimmt, als Marcian, der die mora ex re ausdrücklich ausschließt. Im übrigen ist doch auch hier die Mahnung als der einzige Entstehungsgrund der Mora angegeben. Dies ist umsomehr zu beachten, als Paulus Wirkungen im Auge hat, die theilweise der Minderjährigkeit als solcher beigelegt, und hier auf eine mora in re zurückgeführt wurden.

Pomponius fr. 23 V. O. 45, 1.

Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

Der Ausdruck per te steterit umfaßt ein zweifaches, die Culpa und die Mora. In letzterer Beziehung berücksichtigt Pomponius aber nur die Mora, welche durch Mahnung entsteht.

Paul. fr. 24 V. O. 45, 1.

Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore, aut solus tutor interpelletur.

Auch nach dieser Stelle wird die Mora lediglich durch Mahnung begründet.

Paul. fr. 38, § 7, Us. 22, 1.

Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit. Quodsi acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.

Hier wird die Litiscontestation der Mora gegenüber gestellt, während anderswo die Litiscontestation als Unterart der Mora im weitern Sinne erscheint. Paulus hat eben nur die Mahnungsmora im Auge.

Paul. fr. 30, § 1, de jurej. 12, 2.

Si juravero te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi praestare

---

[2]) Gaj. II, 280.

reus debet nisi ex causa furtiva vel propter moras: tunc enim etiam post mortem servi aestimatio praestatur.

Hier heißt es, der Schuldner hafte nur für Zufall ex causa furtiva oder wegen Mora. Da die Haftung des Fur für Zufall sonst auch auf eine technische Mora zurückgeführt wird, so kann mora in dieser Stelle nur von der Mahnungsmora verstanden sein.

Anstoß nehmen möchte man an der Mehrzahl morae, da meines Wissens die technische mora sonst nur in der Einzahl vorkommt. Indessen mora im gewöhnlichen Sinne kommt öfter in der Mehrzahl vor: man sagt z. B. inter moras, moras nectere, morae temporum u. s. w.[3]) An sich läßt sich also nichts dagegen sagen, daß Paulus in unserer Stelle auch die technische mora in der Mehrzahl gebraucht. Man muß dabei an mehrere Mahnungen denken und kann propter moras etwa übersetzen: wegen Mahnungen.

Paul. fr. 87, § 1, Leg. II.

Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi, quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur.

Der Anspruch auf Fideicommißzinsen, den die Minderjährigkeit erzeugt, hört auf bei Eintritt der Volljährigkeit. Nach der Volljährigkeit bedarf es, wenn auf's neue ein Zinsenanspruch entstehen soll, der Mahnung. Paulus macht in dieser Beziehung auf den Unterschied aufmerksam zwischen dem Zinsenanspruch, der die Minderjährigkeit begleite, und zwischen den Mahnungszinsen. Letztere hörten nach einer gewissen Zeit nicht von selber auf zu laufen. Der Ausdruck mora ist beide Male gleichbedeutend mit Mahnungsmora, wie aus dem Zusammenhang der Stelle auf's klarste hervorgeht. Die Stelle ist um so beachtenswerther, als Paulus selber an einem andern Orte diesen Zinsenanspruch der Minderjährigen, wovon in unserer Stelle die Rede, auf eine Mora zurückführt[4]).

---

[3]) Siehe oben § 1.

[4]) fr. 17, § 3, Us. 22, 1.

c. 5 C. de A. E. V. 4, 49.

Impp. Diocletianus et Maximianus.

Curabit praeses provinciae compellere emtorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, quas et perceptorum fructuum ratio, et minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit.

Hier wird gesagt, daß die Minderjährigkeit dem Käufer gegenüber einen Anspruch auf Zinsen begründe, licet nulla mora intercesserit, d. h. wiewohl keine Mahnung erfolgt ist. Der Zinsenanspruch der Minderjährigen wird also auch hier der Mahnungsmora gegenüber gestellt. Die Stelle ist ebenfalls sehr beachtenswerth, weil dieselben Kaiser an einer andern Stelle diesen Zinsenanspruch der Minderjährigen auf eine Mora zurückführten, nämlich in c. 3 C. in quibus causis II, 41. Mommsen[5]) hält sogar dafür, daß unsere Stelle mit dieser c. 3 C. II, 41 einen Theil desselben Rescriptes gebildet hätte. Dies wäre möglich, ist aber nicht ausgemacht.

§ 6.

Princip der Mora im weitern Sinne oder der abgeleiteten Mora.

Wenn wir nach den Erörterungen in den vorigen Paragraphen demnach nicht umhin können, eine zweifache technische Mora anzunehmen, so drängt sich jetzt die Frage auf, welche Bewandtnis es mit dieser Mora im weitern Sinne habe, und wie sie sich zur Mahnungsmora verhalte.

Wir haben hierbei von folgenden einfachen Gedanken auszugehen.

Das Ursprüngliche ist die Mahnungsmora. An diese hat sich aber im Laufe der Zeit die Mora im weitern Sinne angesetzt.

Die Mahnungsmora ist der Hauptfall, die übrigen Fälle der Mora im weitern Sinne sind die Nebenfälle. Die Mora im weitern Sinne kommt nur verhältnismäßig selten im Corpus vor. Die Zahl der Stellen, welche von derselben handeln, beläuft sich auf nicht mehr als dreizehn. Wie häufig ist aber dagegen nicht von Mahnungsmora die Rede! Berücksichtigt man demnach nur lediglich dies Zahlen=

---

[5]) a. a. O. S. 123.

verhältnis, so sieht man schon ein, daß die Römer die einzige Mahnungsmora für unendlich wichtiger gehalten haben müssen, als sämmtliche übrige Morafälle zusammengenommen.

Wo die Römer von der Mora im weitern Sinne sprechen, pflegen sie ihr irgend einen Zusatz zu geben, wie in re, ipso jure u. s. w., oder es ergibt sich doch sonst aus dem Zusammenhange unzweideutig, daß nur die Mora im weitern Sinne gemeint sein kann. Wo die Römer schlechthin von der technischen Mora sprechen, ist stets die Mahnungsmora gemeint. Man sieht, die Römer haben das Bedürfnis empfunden, die Mora im weitern Sinne auch äußerlich zu kenntzeichnen, damit sie nicht mit der Mahnungsmora verwechselt werde.

Der Grundgedanke, welcher uns bei der Mora im weitern Sinne entgegentritt, ist dieser: Die Römer sprechen da von einer Mora im weitern Sinne, wo Wirkungen, welche sonst eine Folge der Mahnung sind, ohne Mahnung eintreten.

Sie sind aber in dieser Beziehung weder bei den gesetzlichen Wirkungen der Mahnung stehen geblieben, noch haben sie stets sämmtliche gesetzliche Wirkungen der Mahnung im Auge, wenn von einer Mora im weitern Sinne die Rede ist.

Vorzugsweise sprechen die Römer freilich nur da von einer Mora im weitern Sinne, wo es sich um eine gesetzliche Wirkung der Mahnung handelt, die einmal ohne Mahnung eintritt. Ulpian in fr. 3, § 2, de ad. leg. 34, 4 geht indes weiter. Er spricht auch da von einer Mora im weitern Sinne, wo es sich um Auslegung einer letztwilligen Verfügung handelt, und wo seiner Ansicht nach Unmündige ohne Mahnung dasselbe erreichen, wozu Großjährige der Mahnung bedürfen.

Weiter vergleicht Ulpian in fr. 26 pr. de fid. lib. 40, 5, eine ältere Rechtsbildung mit einer jüngern, und spricht von einer Mora im weitern Sinne, weil es nach der jüngern Rechtsbildung nichts schaden soll, wenn der Sclave wegen seiner Freilassung nicht gemahnt hat.

Auch dieser Fall ist abweichend, weil älteres und neueres Recht hier unter einander in Beziehung gedacht sind, während sonst bei der Mora im weitern Sinne die gesetzlichen Wirkungen der Mahnungsmora als fest gegebene in Betracht gezogen werden.

Die beiden erwähnten Fälle kann man als die Ausnahme betrachten, denn abgesehen hiervon haben die Römer bei ihrer Mora im weitern Sinne stets nur fest gegebene gesetzliche Wirkungen der Mahnung im Auge.

Wie wenig sie aber geneigt sind, bei ihrer Mora im weitern Sinne stets an sämmtliche gesetzliche Wirkungen der Mahnung zu denken, zeigen recht deutlich die Mora des Fur und Dejicienten. Fur wie Dejicient haften für Zufall und für's Interesse. Die Mahnung macht für Zufall verantwortlich und erzeugt einen Anspruch auf's Interesse. Gleichwohl ist aber bei Fur und Dejicient nur die Haftung für Zufall, nicht auch der Interesseanspruch auf eine Mora zurückgeführt.

Dasselbe zeigt uns die Litiscontestation. Denn wenn Ulpian und Justinian hier Haftung für Zufall und Anspruch auf Früchte auf eine Mora zurückführen, so haben sie lediglich nur diese und keine andern Wirkungen im Auge, die sonst auch wohl die Mahnung zur Folge hat.

Ebensowenig werden wir beim Vermächtnis zu frommen Zwecken und bei der Minderjährigkeit sämmtliche gesetzliche Wirkungen der Mahnung zur Anwendung bringen wollen.

Auf der andern Seite schließt freilich der Grundgedanke nicht aus, daß die Römer nicht auch da von einer Mora im weitern Sinne gesprochen haben sollten, wo sämmtliche gesetzliche Wirkungen der Mahnung ohne weiteres eintreten. Dies ist indes nur ein einziges Mal der Fall, nämlich bei der Mora wegen Abwesendheit des Schuldners.

Wäre dies immer der Fall gewesen, würden die Wirkungen der Mahnungsmora und Mora im weitern Sinne sich stets gedeckt haben; so hätte es eben keinen Sinn gehabt, eine doppelte technische Mora anzunehmen.

Da demnach die Existenz der Mora im weitern Sinne darauf zu beruhen scheint, daß ihre und die Wirkungen der Mahnungsmora sich nicht decken, so hat man dies im Zweifel auch nicht zu vermuthen.

Wenn ich nun gleichwohl mich dafür entschieden habe, die Mora wegen Abwesendheit des Schuldners in dieser Beziehung der Mahnungsmora gleichzustellen, so bin ich hierzu durch ein Zweifaches veranlaßt: durch das allgemein redende fr. 23, § 1, de Us. und durch innere Gründe.

An beiden fehlt es aber für die übrigen Fälle der Mora im weitern Sinne, namentlich auch für die Minderjährigkeit. Das Römische Recht hat den Minderjährigen ohnehin schon viel zu sehr verzogen, als daß wir nöthig hätten, hier die Privilegien noch zu häufen.

Die Mora im weitern Sinne ist diesem allem zufolge kein in sich abgeschlossener Begriff; die Römer hätten die Fälle leicht noch mehren, aber eben so gut auch mindern können. Das gemeinschaftliche

Band, welches sämmtliche Fälle der Mora im weitern Sinne umfaßt, beruht lediglich auf ihrem Verhältnis zur Mahnungsmora. Die Mora im weitern Sinne leitet ihr Dasein gleichsam von der Mahnungsmora ab, man kann sie daher auch abgeleitete Mora nennen.

Um das Verhältnis dieser abgeleiteten Mora zur Mahnungsmora recht anschaulich zu machen, will ich jetzt noch die Wirkungen, welche wir bei der abgeleiteten Mora antreffen, so weit sie mit den fest gegebenen gesetzlichen Wirkungen der Mahnung übereinkommen, übersichtlich zusammenstellen.

Uebersicht.

Fälle der Mora.	Wirkungen.				
Mahnung	Haftung für Zufall	Zinsen	Früchte und omnis causa	Ingenuität	u. s. w.
Abwesendheit	Haftung für Zufall	Zinsen	Früchte und omnis causa	Ingenuität	u. s. w.
Mora des Fur	Haftung für Zufall	—	—	—	—
Mora des Decicienten	Haftung für Zufall	—	—	—	—
Litiscontestation	vielleicht Haftung für Zufall	—	Früchte und omnis causa	—	—
Minderjährigkeit	—	Zinsen	—	Ingenuität	—
Vermächtnis zu frommen Zwecken.	—	—	Früchte und omnis causa	—	—

Genau genommen ist demnach die abgeleitete Mora ein ziemlich unschuldiger Begriff, der auch nicht von allen Römischen Rechtsgelehrten mit gleicher Vorliebe cultivirt worden. Die meisten Stellen, welche sich mit der abgeleiteten Mora beschäftigen, sind Ulpian entlehnt, nämlich sieben, die Kaiser Diocletian und Maximian haben zwei Stellen geliefert, und mit je einer Stelle sind betheiligt Justinian, Papinian, Tryphonin, Paulus. Marcian scheint die abgeleitete Mora als technische ganz verworfen zu haben. Hierfür spricht nicht bloß die Art und Weise, wie er den Begriff der Mora in fr. 32 pr. Us. bestimmt,

sondern auch fr. 53 pr. de fid. lib. 40, 5. Denn während er hier beim Freiheitsfideicommiß in der Sache noch weiter geht, als Ulpian in fr. 26 pr. eodem, vermeidet er es gleichwohl, von einer Mora im weitern Sinne zu sprechen. Auch Paulus, obwohl er einmal bei Anführung eines Rescriptes des Kaisers Pius, in fr. 17 § 3 Us., von einer technischen Mora im weitern Sinne redet, verhält sich sonst diesem Begriffe gegenüber doch ziemlich spröde. Denn gerade von ihm rühren die meisten der im vorigen Paragraphen erörterten Stellen her.

Soll ich mir nun in dieser Beziehung ein Urtheil erlauben, so muß ich bekennen, daß mir das Benehmen derjenigen Römischen Rechtsgelehrten im ganzen weit besser gefällt, die der abgeleiteten Mora gegenüber eine gewisse Zurückhaltung beobachten, als die Art und Weise, wie Ulpian sich in diesem Fahrwasser bewegt; obwohl andererseits Ulpian einen Fall der abgeleiteten Mora zugeführt hat, den wir nicht mit den übrigen auf gleiche Stufe stellen können, nämlich die Mora wegen Abwesendheit des Schuldners.

Es scheint überall seltsam, wie die Römer zu der abgeleiteten Mora gekommen sind. Man hätte erwarten sollen, daß sie nur da von einer technischen Mora gesprochen hätten, wo sämmtliche Wirkungen der Mahnungsmora eingetreten wären. Die Erklärung für diese Erscheinung liegt indes nicht so weit vom Wege. Wir müssen nur einen Augenblick von unserem mehr nivellirten Obligationenrecht absehen, und uns die Mannigfaltigkeit des Römischen Obligationenrechts vergegenwärtigen. Wir pflegen die Vorstellung mit zu bringen, daß die Mahnung eine bestimmte Reihe von Wirkungen habe, die bei jeder Obligation nur so ohne weiteres angepaßt werden könnten. Ich werde freilich noch zeigen, daß sich die Sache genau so bei uns gerade auch nicht verhält. Mehr Gleichförmigkeit ist aber in dieser Beziehung heutzutage jedenfalls vorhanden. Bei den Römern hingegen äußerte die Mahnung bei der einen Obligation diese, bei der andern wieder ganz verschiedene Wirkungen. Z. B. bei der stipulatio auf res certa hatte die Mahnung lediglich die Wirkung, daß sie den Schuldner für Zufall verantwortlich machte, namentlich erzeugte sie keinen Anspruch auf Früchte [1]). Anderswo finden wir wieder, daß dieser Anspruch auf Früchte eine Folge der Mahnung war [2]). Bei der actio rei uxoriae

---

[1]) fr. 38, § 7. Us. 22, 1.

[2]) fr. 3 pr. eodem.

bewirkte sie, daß diese Klage auf die Erben überging[3]; eine Wirkung, der wir weiter nirgends begegnen. Mitunter erzeugte die Mahnung einen Zinsenanspruch, aber keine Intereſſeforderung[4], und dann wieder eine Intereſſeforderung[5]. Beim Freiheitsfideicommiß endlich stoßen wir auf eine Reihe ganz eigenthümlicher Wirkungen[6]. Wenn wir uns dies vergegenwärtigen, so müssen wir uns sagen: Die Vorstellung, daß die Mahnung eine geschlossene Reihe von Wirkungen erzeuge, die sich bei jeder Obligation anbringen ließen, konnte ein Römer gar nicht haben. Er sah die Mahnung bald in dieser Weise, bald in jener Weise wirken. Und so erklärt sich, daß er auch schon da von einer technischen Mora im weitern Sinne sprach, wo er nur eine oder die andere Wirkung der Mahnungsmora antraf.

§ 7.
Entstehungsgeschichte der abgeleiteten Mora.

Den ältesten Fall der abgeleiteten Mora bildete die Mora des Fur. Dieser wird schon den veteres zugeschrieben[1]. Hierfür spricht auch der alterthümliche Character der Rechtsregel semper moram fur facere videtur[2].

Papinian gibt dieser Mora den Zusatz, quae eveniebat ex furto[3], und bei den Kaisern Diocletian und Maximian erscheint sie als mora in rem[4].

Dieser Mora des Fur wird zunächst die Mora des Dejicienten nachgebildet sein, falls dieselbe schon von Julian herrühren sollte.

Und daran wird sich dann die Mora wegen Minderjährigkeit gereiht haben, doch hat auch diese ihre Geschichte.

---

3) Ulp. VI, 7

4) fr. 19 de per. et com. 18, 6.

5) fr. 35 pr. Leg. III.

6) fr. 1, § 1, de suis et leg. 38, 16; fr. 26, § 1; fr. 53 pr. de fid. lib. 40, 5; Paul. R. S. II, 24, 4; c. ult. C. ad S. C. Orph. 6, 57; c. 3, 4 u. 15, C. de fid. lib. 7, 4; fr. 1, § 3, ad S. C. Tert. et Orph. 38, 17; fr. 84 Leg. II; fr 22, § 3 de leg. Corn. de fals. 48, 10.

1) fr. 20 de cond. furt. 13, 1.

2) fr. 8, § 1, fr. 20 de cond. furt. 13, 1.

3) fr. 17 eodem.

4) c. ult. C. de cond. ob. turp. c. 4, 7.

Kaiser Hadrian (117—138) hatte rescribirt, daß die Mahnung bei Fideicommissen einen Anspruch auf Zinsen erzeuge[5]).

Den Minderjährigen wurde dieser Anspruch auf Fideicommißzinsen auch ohne Mahnung gewährt[6]), Diesen Rechtssatz finden wir schon in einem Rescripte von Kaiser Pius (138—161) als bekannt vorausgesetzt und auf eine Mora zurückgeführt[7]). Kaiser Severus (193 bis 198) bestätigte diesen Rechtssatz[8]):

Ulp. fr. 26, § 1, fid. lib. 40, 5.

nam qua ratione decretum, et a Divo Severo constitutum est, in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt,

und mag zum ersten Male den Ausdruck mora in re technisch gebraucht haben, wenn die Wiedergabe der kaiserlichen Constitution durch Ulpian überall wortgetreu sein sollte.

Was für Minderjährige bei Geldfideicommissen galt, wurde später auch bei den bonae fidei judicia, sofern sie auf Geld gingen[9]), angenommen.

Impp. Diocletianus et Maximianus c. 3 C. in quib. caus. in int. rest. 2, 41.

In minorum persona re ipsa — — recepto jure moram fieri creditum est — — in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis.

Die Schlußworte „et legatis" sind wohl interpolirt[10]).

Was abgesehen von diesem Zinsenanspruch sonst noch bei der Minderjährigkeit auf eine Mora zurückgeführt wird, geschieht von Ulpian. Wie denn überhaupt Ulpian der Schöpfer aller übrigen Morafälle ist, nur daß Justinian in c. 46, § 4, C. de ep. et cler. 1, 3, das Vermächtnis zu frommen Zwecken hinzugefügt und den Fall der Litiscontestation erweitert hat.

Zu bemerken ist übrigens, daß die Geschichte der abgeleiteten Mora nicht zusammenfällt mit einer Geschichte der einzelnen Rechts-

---

5) Gaj. II, 280.

6) fr. 26, § 1, de fid. lib. 40, 5 vba : in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa; fr. 17, § 3, Us. 22, 1; fr. 87, § 1, Leg. II.

7) fr. 17, § 3, Us. 22, 1.

8) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 122.

9) Impp. Diocletianus et Maximianus c. 5 C. de A. E. V. 4, 49 vba.: partem pretii quam penes se habet, cum usuris restituere.

10) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 123, Anm. 3.

sätze, welche auf eine Mora zurückgeführt werden. Das trifft mitunter zu, aber nicht immer. Der betreffende Rechtssatz war häufig schon längst vorhanden, ehe man darauf verfiel, ihn auf diese Weise mit der Mora in Verbindung zu bringen; man denke z. B. nur an die hier in Betracht kommenden Wirkungen der Litiscontestation. Und so ist auch die Mora des Dejicienten augenscheinlich nur eine formelle Nachbildung der Mora des Fur; der Rechtssatz selbst, daß der Dejicient für Zufall hafte, stand schon lange vor Julian und Ulpian fest, er war schon enthalten in den Edictsworten quaeque tunc ibi habuit restituas [11]).

§ 8.

Bedeutung der abgeleiteten Mora für das heutige System. — Verzug im allgemeinen. — Die Aufgabe.

Nachdem wir nunmehr die abgeleitete Mora von verschiedenen Seiten aus betrachtet haben, wende ich mich zur Beantwortung der Frage, welche Bedeutung sie für das heutige System beanspruchen könne.

Bisher ist diese Frage nicht aufgeworfen, bisher ist man sich überall nicht darüber klar geworden, daß das Römische Recht in der Weise, wie wir gesehen haben, eine doppelte technische Mora besitze.

Daß man dies übersah, hat viele Irrthümer hervorgerufen. Man ist sich namentlich darüber nie recht einig geworden, wie viele Entstehungsgründe der Mora eigentlich anzunehmen seien. Die gemeinrechtliche Literatur hat in dieser Beziehung ein fortwährendes Hin- und Herschwanken aufzuweisen, und bietet gerade kein erfreuliches Bild dar.

Ich glaube, ich kann es unterlassen, dies Bild hier aufzurollen. Es wird ersprießlicher sein, auf Grund der gefundenen Ergebnisse weiter zu bauen.

Bei systematischer Anordnung des Rechtsstoffes sind wir an das System der Römer nicht gebunden. Von dieser Befugnis werde auch ich der abgeleiteten Mora gegenüber Gebrauch machen.

Wir haben gesehen, daß die abgeleitete Mora kein abgeschlossener Begriff ist, vielmehr ein Begriff, der sein Dasein nur von der Mahnungsmora hernimmt.

---

[11]) fr. 1, pr. de vi 43, 16. Rudorff, Edict, S. 213.

Ein solcher Begriff ist für das heutige System unbrauchbar. Wir müssen fest ausgeprägte Begriffe haben, Begriffe, die bei näherer Betrachtung sich nicht sofort verflüchtigen.

Diese Bemerkung mag im allgemeinen den Standpunkt bezeichnen, den ich der abgeleiteten Mora gegenüber einzunehmen gedenke. Den Maßstab der Vergleichung entlehne ich von der Mahnungsmora, der ja die abgeleitete Mora ihr Dasein überall verdankt.

Mein Verfahren wird dies sein, daß ich die einzelnen Fälle der abgeleiteten Mora mit der Mahnungsmora vergleiche, und was zu dieser nicht paßt, abwerfe.

Ich beginne mit der Mora des Fur und Dejicienten.

Hier eine Mora anzunehmen, hat vom Standpunkte des heutigen Systems aus gar keinen Sinn. Die Mahnungsmora hat zu ihrer Voraussetzung eine Obligation, auf die sie umgestaltend einwirkt. Zwischen der Mahnung und Entstehung der Obligation liegt eine Zeit, wo die Obligation ein anderes Aussehen hatte, als nach der Mahnungsmora. Mit der Mahnungsmora können wir also nur dasjenige vergleichen, was ebenfalls auf eine bereits bestehende Obligation umgestaltend einwirkt. Welchen Umfang die einzelnen Ansprüche von Haus aus haben, muß man doch an einer andern Stelle des Systems vortragen, als die Schicksale, von den sie im Laufe ihres Daseins betroffen werden können. Statt von einer Mora des Fur und Dejicienten zu sprechen, muß man sagen: Fur und Dejicient haften mit der condictio furtiva beziehungsweise dem interdictum de vi von Anfang an für Zufall. Und diese Haftung für Zufall ist im System bei der condictio furtiva, beziehungsweise dem Interdictum de vi abzuhandeln, nicht aber neben der Mahnung.

Die Mora beim Freiheitsfideicommiß bezieht sich auf einen heutzutage unpractischen Fall.

Aehnlich steht es mit der Mora beim Vermächtnis zu frommen Zwecken. Wenigstens gehört die Codexstelle c. 46, § 4 de ep. et cler. 1, 3, welche ihrer gedenkt, zu den restituirten[1]). Dann hat auch die Mahnungsmora beim Vermächtnis weiter gehende Wirkungen, als beim Vermächtnis zu frommen Zwecken auf eine abgeleitete Mora zurückgeführt werden.

Bei der Minderjährigkeit sind es drei Wirkungen, welche wir auf eine Mora zurückgeführt finden. Hiervon scheidet zunächst die

---

[1]) Vgl. **Mommsen**, a. a. O. S. 128.

Ingenuität aus, da heutzutage alle frei geboren werden. Die Art und Weise ferner, wie Ulpian in fr. 3, § 2 de ad. leg. 34, 4 die Minderjährigkeit bei Auslegung einer letztwilligen Verfügung benutzt, übergehen wir hier um so lieber, als es eine entsprechende gesetzliche Wirkung der Mahnungsmora gar nicht giebt. Somit bleibt also nur der Zinsenanspruch nach. Diesen neben die Mahnungsmora zu stellen, dazu fehlt es aber an allem Grund. Denn die Mahnungsmora hat noch eine ganze Reihe anderer Wirkungen. Der fragliche Zinsenanspruch ist im System entweder bei den Privilegien der Minderjährigkeit, oder bei den gesetzlichen Zinsen abzuhandeln.

Die Litiscontestation wird auch niemand neben die Mahnungsmora stellen wollen, weil Justinian und vielleicht Ulpian zwei Wirkungen derselben auf eine abgeleitete Mora zurückführen. Die Litiscontestation gehört in den allgemeinen Theil, weil sie sowohl dingliche als obligatorische Ansprüche umfaßt, die Mahnungsmora hingegen ins Obligationenrecht.

Hier ist indes noch einer andern Beziehung zu gedenken, in welche namentlich v. Savigny[2]) Litiscontestation und Mahnungsmora gebracht hat, um so mehr als sich Mommsen dieser v. Savigny-schen Auffassung theilweise angeschlossen hat[3]).

v. Savigny will die Ansicht derer bekämpfen, welche aus fr. 82, § 1, V. O. 45, 1, gefolgert hatten, daß jeder Beklagte durch den bloßen Entschluß zum Rechtsstreite in eine Mora verfalle. Er versteht deshalb fr. 82, § 1, von einer frivolen Proceßführung, und gelangt zu dem Satze, daß jede frivole (mit dem Bewußtsein des Unrechts vorgenommene) Proceßführung des Beklagten stets eine Mora voraussetze, oder wenigstens jetzt begründe. Dann fährt v. Savigny so fort:

„Man kann daher behaupten, daß nicht leicht gerade durch die Litiscontestation eine Mora begründet werden wird, sondern daß sie meist entweder früher vorhanden ist, oder später anfängt, im äußersten Fall freilich mit dem rechtskräftigen Urtheil. Selbst in dem seltenen Fall, wenn der Kläger jede außergerichtliche Aufforderung vor dem Rechtsstreit unterläßt, wird öfter vielleicht die Insinuation der Klage, weil sie eine Interpellation enthält, die Mora begründen können, die Litiscontestation wird dabei seltener in Betracht kommen."

---

[2]) System, Band VI., S. 82 ff.

[3]) a. a. O., S. 57 ff.

Weiter heißt es bei ihm:

„Alles, was man in der hier bekämpften Meinung als wahres Element etwa einräumen kann, ist Folgendes. Die Mora ist überhaupt der freiesten richterlichen Beurtheilung in jedem einzelnen Fall anheim gegeben. Der Richter kann also vielleicht finden, daß eine Mora vor allem Rechtsstreit, oder daß sie mit der Insinuation, oder auch daß sie mit der Litiscontestation angefangen hat; dieses Letzte etwa, wenn bei der Litiscontestation die frivole, unredliche Proceßführung sicher hervorgetreten ist."

v. Savigny drückt sich sehr gewunden aus. Er kann sich nicht verhehlen, daß in fr. 82, § 1, V. O. der Ausdruck mora technisch zu verstehen sei. Da er aber nur eine technische Mora kennt, die Verschuldung zu ihrer Voraussetzung hat, so weiß er nicht recht, was er mit der Stelle anfangen soll. Einestheils meint er, wenn Litiscontestation und Frivolität des Beklagten zusammenträfen, dann müßte doch wohl Mahnungsmora entstehen. Andererseits meint er das aber wieder nicht. Denn da er nicht übersieht, daß bei Frivolität des Beklagten zum mindesten schon durch die Klagmittheilung eine Mora begründet werde; wird er getrieben, sich einen Fall zu denken, wo die unredliche Gesinnung des Beklagten genau bei der Litiscontestation zu Tage tritt. Aber selbst in diesem Falle kommt die Litiscontestation als solche kaum in Betracht; denn in diesem Falle würde deshalb eine Mahnungsmora vorliegen, weil die Klagmittheilung eine Interpellation enthält, und in der Fortsetzung des Rechtsstreites ein dauerndes Mahnen gefunden werden muß.

Die Litiscontestation als solche kann keine Mahnungsmora erzeugen. Denn diese setzt eine Interpellation voraus. Die Litiscontestation enthielt aber keine Interpellation, sondern war, wenigstens in späterer Zeit, ein ideeller Punkt während des Processes, an den die Römer eine Reihe bestimmter Wirkungen knüpften.

Litiscontestation und Mahnungsmora haben denn auch die Römer gar nicht in solche Beziehung zu einander gebracht, wie von v. Savigny geschieht. Die Litiscontestation ist von ihnen nicht etwa halbirt, und eine Hälfte dann der Mahnungsmora untergeordnet worden. Vielmehr erscheinen Litiscontestation und Mahnungsmora im Corpus Juris als zwei Rechtsinstitute, die selbständig neben einander entwickelt sind.

Deshalb werde ich auch in dieser Abhandlung die Litiscontestation ganz bei Seite liegen lassen, und mich auf Darstellung der Mahnungs-

mora beschränken. Nur den einen Vorbehalt muß ich machen, daß ich auf die Wirkungen der Litiscontestation insoweit eingehen werde, als erforderlich ist, um über die Wirkungen der Mahnungsmora völlige Klarheit zu erlangen.

Um indes keine Lücke zu lassen, muß ich einen Gedanken hinzufügen. Heutzutage sind die Wirkungen der Römischrechtlichen Litiscontestation, wenigstens so weit sie für den Kläger vortheilhaft, auf die Klagmittheilung übertragen [4]). Außerdem enthält jede Klagmittheilung zugleich eine Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung, sofern es sich nicht um Präjudicialklagen u. dgl. handelt. Wenn daher alle Voraussetzungen hinzukommen, so kann eine Klagmittheilung sehr wohl eine Mahnungsmora hervorrufen. Diese Vorstellung darf man nur nicht schon auf die Römischrechtliche Litiscontestation übertragen wollen: das wäre eine Vermengung heutiger und Römischer Anschauungen.

Unsere heutige Klagmittheilung hat also einerseits die Wirkungen der Römischrechtlichen Litiscontestation an sich gezogen, andererseits ist sie aber auch im Stande, eine Mahnungsmora zu erzeugen. Da ich mich hier nun mit den Wirkungen der Litiscontestation nicht beschäftigen will, so kann mein Standpunkt der heutigen Klagmittheilung gegenüber nur der sein, daß ich angebe, welche Beschaffenheit sie haben müsse, um eine Mahnungsmora hervorzubringen.

Bei dieser Gelegenheit und schon früher werden wir sehen, daß die Römer ihre Klagmittheilung bereits ganz in derselben Weise als Mahnung benutzt haben, und in Anbetracht dieser Erscheinung noch weniger geneigt sein, Litiscontestation und Mahnungsmora mit einander zu vermengen.

Von der ganzen abgeleiteten Mora bleibt demnach nur die Mora wegen Abwesendheit des Schuldners übrig. Dieser Fall ist allerdings neben der Mahnungsmora zu behandeln. Hier haben wir eine Obligation, die umgestaltet wird, und die nämlichen Wirkungen wie bei der Mahnungsmora.

Andererseits ist aber diese Mora wegen Abwesendheit des Schuldners doch nur ein Ersatz, ein Anhängsel der Mahnungsmora, die nur da sich geltend machen kann, wo der Vornahme einer Mahnung sich Hindernisse entgegenstellen.

Aus diesem Grunde werde ich die Mora wegen Abwesendheit des

---

4) Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, § 14.

Schuldners vorläufig außer Ansatz lassen, und mich nur mit der Mahnungsmora beschäftigen. Ich werde mich der hier Verlassenen schon zu rechter Zeit wieder erinnern [5]).

Und ehe ich in Entwicklung meiner Gedanken fortfahre, sei mir auf den bisher zurückgelegten Weg noch ein Rückblick gestattet.

Wir haben die Litiscontestation und Mahnungsmora von einander geschieden, und glauben, daß beide Theile bei dieser Trennung nur gewinnen können. Wir haben ferner die drei Rechtssätze links liegen lassen, daß Fur und Dejicient für Zufall haften, so wie daß die Minderjährigkeit einen Anspruch auf Zinsen erzeugt. Ich glaube, groß ist unser Verlust nicht. Denn vom gesetzgeberischen Standpunkt aus betrachtet, den wir bei Erörterung des positiven Rechts doch auch nicht ganz ignoriren können, (da jedenfalls die wirklich werthvollen Rechtssätze mehr Anspruch darauf machen dürfen, daß die Theorie sich mit ihnen beschäftigt,) haben diese drei Rechtssätze nur geringen Werth. Es ist kaum einzusehen, warum Fur und Dejicient ohne weiteres für Zufall haften sollen. Es ist überall nicht einzusehen, warum im Privatrecht e i n malae fidei possessor anders behandelt werden soll, als der a n d e r e. Das Römische Recht ist hier sehr bunt. An die Stelle dieser bunten Mannigfaltigkeit müßte der Rechtssatz treten, daß jeder malae fidei possessor zur Erstattung des Interesse verpflichtet ist. Sollen in einzelnen Fällen besondere Strafen eintreten, so überlasse man das dem Strafrecht.

Das Zinsprivilegium der Minderjährigen, gesetzgeberisch betrachtet, wird ebenso wenig jemand halten wollen. Es will mir auch scheinen, als ob die Praxis sich nicht sehr drum kümmere. Denn jedes Mal, wenn eine Vormundschaft für Minderjährige angeordnet wird, pflegen einzutreibende Ausstände da zu sein, mitunter wird auch ein Geschäft für Rechnung der Minderjährigen fortgesetzt. Von allen solchen Ausständen müßte ein Vormund sich streng genommen Zinsen geben lassen, und diese in Rechnung stellen. Das Vormundschaftsgericht müßte aber, wo dies unterblieben wäre, moniren. Dies geschieht indes meines Wissens nie. Vormundschaftsgericht und Vormund pflegen froh zu sein, wenn die Ausstände nur einigermaßen ohne Zinsen eingezogen sind.

So geht es eben im practischen Leben her, wo ein Fall stets den andern drängt. Es fehlt an Zeit, jedes Mal den ganzen gesetzlichen Apparat zur Hand zu nehmen. Gar häufig wird es vergessen, Rechts-

---

[5]) Vgl. unten § 61.

sätze anzuwenden. Dies begegnet vorzugsweise solchen, die unsern Anschauungen nicht entsprechen, ein solches Vergessen wiederholt sich, und die Rechtssätze sterben allmählich ganz ab.

Doch kehren wir zu unserer Mahnungsmora zurück. Der abgeleiteten Mora haben wir uns entledigt und nur die Mahnungsmora nachbehalten. Ich bin aber gleichwohl mit dem Abwerfen noch nicht fertig.

Wenn Mahnungsmora und technische Mora ganz dasselbe ist, weshalb sprechen wir denn überall noch von Mora? Ist es nicht viel einfacher zu sagen: die Mahnung hat die und die Voraussetzungen, die und die Wirkungen u. s. w., als daß man hier noch eine Mora anhängt? Ich gehe also noch weiter: ich werfe die Mora ganz und gar ab.

Dies ist nicht bloß viel einfacher, es ist sogar nothwendig, wenn wir Harmonie in unsere Kunstsprache bringen und mit Verzug einen richtigen Begriff verbinden wollen.

Der Verzug ist eine Thatsache, wie urere und rumpere. Et tempore minus solvitur sagt einmal Ulpian ganz richtig in fr. 12, § 1, V. S. 50, 16. Genauer hätte es freilich heißen müssen: et tempore minus solvi potest. Ebensowenig wie man von einem technischen urere und rumpere spricht, sollte man von einem technischen Verzuge sprechen. Es ist wahr, das Recht hat den Verzug bald in größerem, bald in geringerem Umfange berücksichtigt: anders bei der Litiscontestation, anders bei der Mahnung, anders bei der malae fidei possessio, anders bei der gesetzlichen Zinsverbindlichkeit u. s. w. u. s. w. An der Sache selbst wird aber dadurch nichts geändert.

Wenn wir in einem Falle von einem technischen Verzuge sprechen, müßten wir es in allen Fällen thun, wo der Verzug rechtliche Wirkungen hat. Auf diesem Wege ist das Römische Recht gewesen, als es zu der Mahnungsmora die abgeleitete Mora schuf, und vorzugsweise war es Ulpian, der sich hierbei behaglich fühlte.

Denselben Weg hat ein neuerer Schriftsteller eingeschlagen, indem er an die subjective Mora eine objective anbaute. Wolff[6]) läßt die subjective Mora entstehen:

1) durch Interpellation,

2) der Interpellation soll der Fall gleich stehen, wenn der debitor den creditor an der Vornahme derselben verhindert hat,

---

[6]) Zur Lehre von der Mora, Göttingen 1841, § 21, § 2—11.

3) ohne Interpellation soll eine Mora eintreten für den Fur und den violentus possessor.

Die Wirkungen der objectiven Mora theilt Wolff ein in vertragsmäßige und gesetzliche. Bei den vertragsmäßigen Wirkungen wird unter andern die Conventionalstrafe und lex commissoria behandelt.

Bei den gesetzlichen Wirkungen der objectiven Mora ist dann die Rede

1) von dem Surrogat-Interesse,

2) von der Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen,

3) vom Verlust des Pacht- und Mieth-Rechts,

4) vom Verlust des emphyteutischen Rechts.

Man könnte fragen, was ich an diesem harmlosen Additionsexempel auszusetzen hätte, das übrigens gar nicht einmal vollständig ist? Man möchte meinen, wenn man nur festhält, daß der Verzug bald in dieser, bald in jener Weise vom Recht berücksichtigt ist, könne eine Zusammenstellung der verschiedenen Verzüge wohl nicht schaden.

Allein wir kommen hierbei nur in Collision mit unserer sonstigen Kunstsprache.

Wir haben z. B. den Begriff culpa und werden denselben schwerlich entbehren wollen. Die culpa macht sich auch im Obligationenrecht geltend. Die culpa hat zu ihrer Voraussetzung einmal eine Thatsache, die Schaden zufügt, sodann Zurechenbarkeit dieser Thatsache. Solche Thatsachen, die Schaden zufügen, sind z. B. urere, rumpere, Verzug. Man setze: A schuldet eine Sache, er verbrennt sie; oder er zerbricht sie; oder A soll eine Forderung einziehen, er säumt damit aber so lange, bis durch seinen Verzug die Forderung werthlos wird.

Will man nun überall, wo der Verzug gesetzliche Wirkungen hat, von einem technischen Verzuge sprechen, so müßte man es auch im vorliegenden Falle thun. Dann müßte man aber ebensogut von einem technischen urere, rumpere sprechen.

Man hat also die Wahl. Will man die technische culpa beibehalten, oder will man sie auflösen in einen technischen Verzug, ein technisches urere, rumpere u. s. w. u. s. w.? Ich entscheide mich für Beibehaltung der technischen culpa.

Im Strafrecht ist es freilich anders. Dort treten die einzelnen Thatsachen, wodurch Schaden zugefügt wird, mehr in den Vordergrund. Hier spricht man von Brandstiftung, Betrug u. s. w. u. s. w. Allein

ein Sprachgebrauch, der für's Strafrecht paßt, eignet sich darum noch nicht für's Privatrecht.

Man möchte einwenden: wenn's denn auch nicht überall geht, so kann man doch wenigstens im Falle einer Mahnung den technischen Verzug beibehalten. Allein gerade dadurch, daß man sich den Verzug theilweise technisch dachte, theilweise nicht, ist man häufig zu ganz irrigen Vorstellungen vom Verzuge gelangt. Der Gedanke liegt zu nahe, daß es mit dem technischen Verzuge, wenn man von einem solchen spricht, eine andere Bewandtnis haben müsse, als mit dem gewöhnlichen Verzuge. Wir werden im Laufe der Darstellung mehrfach Gelegenheit haben, zu beobachten, daß der Verzug, seines technischen Gewandes entkleidet, sich viel freier bewegen kann.

Wenn man denn aber doch einmal einen Verzug besonders hätte auszeichnen und ihn technisch nennen wollen, so hätte der Verzug, welcher bei der Litiscontestation Wirkungen äußert, viel mehr Anspruch darauf, als der Verzug bei der Mahnung. Denn dieser Verzug beschränkt sich nicht auf das Obligationenrecht, sondern ergreift auch die dinglichen Ansprüche. Ferner hat dieser Verzug reichlich so mannigfaltige Wirkungen, wie der Verzug bei der Mahnung, wenn der letztere auch dem ersteren in einzelnen Punkten überlegen sein mag.

Doch wo bleibt dann die Mora des Gläubigers?

Was für die Mora des Schuldners die Mahnung, ist für die Mora des Gläubigers die Oblation. Man sollte also hier statt von Voraussetzungen, Wirkungen u. s. w. der Gläubiger-Mora, von Voraussetzungen, Wirkungen u. s. w. der Oblation sprechen. Dies um so mehr, als der Ausdruck Verzug hier kaum paßt, als man wenigstens mit diesem Ausdrucke einen ganz andern Sinn verbinden muß, wie beim Verzuge des Schuldners.

Wenn ich demnach den technischen Verzug durchaus verwerfe, so muß ich doch um etwas Nachsicht bitten. Ich habe hier den Sprachgebrauch der ganzen nachrömischen Literatur gegen mich. Da ich mich nun wegen meiner Ansichten häufig noch mit dem, was bisher vorgebracht worden, auseinanderzusetzen habe, werde ich auch nicht umhin können, mich hier und da in dem bisherigen Sprachgebrauche zu bewegen. Dies Zugeständnis bringe ich den gegebenen Verhältnissen: principiell verwerfe ich den bisherigen Sprachgebrauch durchaus.

Was ich von der nachrömischen Literatur sagte, gilt nicht so unbedingt von der Römischen. Die Römer waren auf dem besten Wege,

sich die technische Mahnungsmora als etwas Momentanes zu denken. Darin liegt ausgesprochen: nicht den dauernden Verzug wollen wir zum Kunstausdruck stempeln, sondern das momentane Verhalten des Schuldners der momentanen Mahnung gegenüber, die momentane Nichtbeachtung der Mahnung. Die technische Mahnungsmora sollte also auf diese Weise von der vulgären Mora abgezweigt und zu derselben in Gegensatz gebracht werden; die Römer haben dies nur nicht consequent durchgeführt.

Uns aber geziemt es, ein billiges Urtheil zu fällen. Wir nehmen bei unserer Kunstsprache, wenn es nicht anders gehen will, die fremde Sprache zu Hülfe. In der Lage waren die Römischen Rechtsgelehrten nicht: sie mußten ihre Kunstsprache ihrer Muttersprache abringen. Die Schwierigkeiten, die hier zu überwinden waren, können keine geringen gewesen sein. Und so kann es uns nicht Wunder nehmen, daß die Begründer unserer Wissenschaft in diesem Kampfe, wie hier bei der mora, zuweilen unterlagen.

Ehe ich jetzt angebe, in welcher Weise mich die technische Mahnung beschäftigen soll, muß ich diese auch erst richtig abgrenzen.

Eine Mahnung kommt vielfach im Rechte vor, und hat sehr mannigfaltige Wirkungen. Hier soll nur die Mahnung in's Auge gefaßt werden, welche und sofern sie bestehende Obligationen umgestaltet.

Es scheidet z. B. die Mahnung aus, welche für die Frage, wer die Proceßkosten zu tragen habe, nicht unwichtig ist. Diese Mahnung wird häufig mit der unsrigen verwechselt. So sagt z. B. Wetzell[7]):

„Wenn er (der Beklagte) sich dagegen statt Litem zu contestiren, sofort zur Zahlung bereit erklärt, und etwa bloß das gewöhnliche tempus judicati in Anspruch nimmt, so wird in der Hauptsache auf Grund des abgelegten Bekenntnisses immer nur eine declaratorische Sentenz erlassen, während rücksichtlich der Kosten nicht überall dasselbe eintritt. Zu ihrem Ersatz verpflichtet ist der Verklagte überhaupt nur unter der Voraussetzung — — — daß er sich im Verzuge befindet."

Allein hier beruht die Wirkung der Mahnung auf einem ganz andern Gesichtspunkte. Man hat nämlich bei der Frage, wer die Proceßkosten zu tragen habe, davon auszugehen, daß keiner seinem Mitmenschen ohne Noth Schaden zufügen soll. Hiergegen würde der

---

[7]) Civilproceß, 2. Auflage, S. 513.

verstoßen, welcher sofort zur Klage schritte, ohne zuvor zu versuchen, ob eine außergerichtliche Aufforderung nicht schon fruchten würde. Bietet also ein Beklagter z. B. sofort im ersten Termine Zahlung an, der nicht gemahnt war, so hat er regelmäßig die Kosten nicht zu tragen. Diese Regel muß aber eine Ausnahme erleiden, wenn der Gläubiger durch höhere Rücksichten von der Mahnung abgehalten wurde.

Man setze z. B., ein Schuldner begründe durch Vermögensverschleuderung und sonstige Handlungen den Verdacht, daß er es darauf abgesehen habe, den Gläubiger um seine Forderung zu bringen. Hier würde eine Mahnung des Gläubigers sicher den Erfolg haben, daß der Schuldner seine Vermögensverschleuderung beschleunigte. Hier kann man es dem Gläubiger wahrlich nicht verargen, daß er sofort das Vermögen des Schuldners unter Arrest stellen läßt. Wenn dann in Folge dessen vom Gericht Termin zur Rechtfertigung des Arrestes, eventuell zur Anstellung der Klage angesetzt wird, der Kläger in diesem Termine seine Klage vorbringt, der Beklagte alles einräumt und sofortige Zahlung verspricht, so wird gleichwohl eine Verurtheilung des Beklagten in sämmtliche Kosten des Arrestverfahrens wie der Klaganstellung erfolgen müssen, sobald sich nur herausstellt, daß die Arrestanlegung gerechtfertigt war. Hier haben wir also eine Verurtheilung in die Kosten ohne Mahnungsmora.

Ferner handelt es sich hier auch um ganz andere Wirkungen. Es wird hier keine Obligation umgestaltet. Ein Rechtsstreit erzeugt vielmehr für beide Theile Auslagen, und es entsteht nunmehr die Frage, ob und in welchem Umfange der eine Theil dem andern diese Auslagen zu erstatten habe. Mit dem Anspruch an sich, um den es sich in dem fraglichen Rechtsstreite handelt, haben diese Auslagen nichts zu schaffen.

So kann es z. B. auch vorkommen, daß zwar wohl der Vertretene dem Gläubiger für die Folgen der Mahnung aufzukommen hat, daß dagegen der Kläger sich wegen der Proceßkosten nur an den Vertreter halten kann [8]).

Endlich ist noch zu beachten, daß die Mahnung, welche für die Frage nach den Proceßkosten wichtig wird, dingliche wie persönliche Ansprüche umfaßt, während sich unsere Mahnung auf das Obligationenrecht beschränkt.

---

[8]) fr. 78, § 2, Leg. II.

Eine weitere Mahnung, welche hier auszuscheiden, wäre die, welche ein Gläubiger vornehmen muß, der sich aus einem Pfande bezahlt machen will [9]).

Doch ich will hier nicht von der Mahnung im weitern Sinne handeln, sondern von der Mahnung, die bestehende Obligationen umgestaltet, von der Mahnung im engern Sinne.

In dieser Beziehung ergeben sich nun die folgenden Abschnitte. Zunächst werde ich das Gebiet dieser Mahnung im allgemeinen abzugrenzen haben; darauf von den Voraussetzungen und Wirkungen handeln; hieran wird sich sodann die Entstehungsgeschichte, so wie die pungatio morae anschließen.

---

[9]) c. 3, § 1, C. de jure dom. imp. 8, 34. Art. 310, 311, 375 des A. D. H. G. B.

Dritter Abschnitt.

Gebiet der Mahnung.

§ 9.

Beschränkung der Mahnung auf das Obligationenrecht.

Daß die Mahnung sich auf das Obligationenrecht beschränke, wird fast ausnahmslos anerkannt; sie wird ja überall im Obligationenrecht behandelt. Hier gilt es hauptsächlich, einige Auswüchse abzuschneiden.

Mommsen sagt[1]):

„Dagegen müssen wir annehmen, daß der malae fidei possessor durch die Litiscontestation in Mora versetzt wird. Darin liegt aber keine Ausnahme von der Regel; vielmehr liegen in dem erwähnten Fall alle Voraussetzungen für die regelmäßige Begründung der Mora vor: ein obligatorisches Verhältnis, welches ja eben durch die Litiscontestation begründet wird, eine Interpellation, welche in der Einleitung des Rechtsstreites liegt, und eine dolose rechtswidrige Verzögerung der Leistung. In der Annahme einer Mora liegt denn auch der Grund, weshalb der malae fidei possessor nach der Litiscontestation strenger haftet, als vor derselben, und weshalb seine Haftung nach der Litiscontestation strenger ist, als die Haftung des bonae fidei possessor nach diesem Zeitpunkte."

Mommsen beruft sich auf: fr. 36, § 3, fr. 40 pr. fr. 20, § 21, de H. P. 5, 3.

Ich vermag indes nicht einzusehen, weshalb die in diesen Stellen entwickelten Rechtssätze nicht auf eignen Füßen zu stehen vermögen, weshalb man nöthig hat, die Mora herbeizuziehen. Ich möchte dies

---

[1]) a. a. O. S. 79.

um so lieber unterlassen, als in den Stellen selber mit keiner Sylbe der Mora Erwähnung geschieht.

Was ferner das Vorhandensein aller Voraussetzungen namentlich das obligatorische Verhältnis anbetrifft, so hat es damit seine eigne Bewandtnis.

Die Römer sprechen allerdings von einem judicio contrahi[2]) und vergleichen das judicium acceptum mit der novatio voluntaria[3]). Ich glaube auch, daß die Römer sich die Litiscontestation wirklich als einen Quasicontract gedacht haben, der an Stelle des ursprünglichen Anspruchs trete, obwohl dies bestritten ist[4]). Allein diese Vorstellung beschränkte sich auf das Obligationenrecht. Wie ich denn überhaupt glaube, daß der Ursprung der Litiscontestation auf dem Gebiete der Obligationen, und zwar genauer auf dem der Condictionen zu suchen sei[5]). Doch das mag auf sich beruhen bleiben. Hervorheben muß ich indes, daß die Contractsauffassung der Litiscontestation bei dinglichen Ansprüchen gar keinen Sinn hat. Man denke doch nur, was das heißen würde. Also ich habe einen dinglichen Anspruch, mache ihn klagend geltend. Jetzt sollte mit einem Male mein dinglicher Anspruch sich in einen obligatorischen verwandelt haben? Ich wüßte nicht anzugeben, wie das zugehen sollte, möchte vielmehr glauben, daß, so gut wie bei der novatio voluntaria, auch bei der novatio necessaria allererste Voraussetzung eine vorhandene Obligation sein müsse.

v. Savigny spricht sich über die Contractsnatur der Litiscontestation so aus[6]):

„Der Inhalt des erwähnten contractlichen Verhältnisses besteht zunächst in der Unterwerfung beider Parteien unter dieses Judicium. Diese Unterwerfung bezieht sich bei allen Klagen auf das eigentliche Urtheil; bei den arbiträren Klagen insbesondere auch noch auf den Gehorsam gegen den vor dem Urtheil von dem Judex ausgesprochenen, auf die Naturalrestitution gerichteten jussus oder arbitratus. Daraus

---

2) fr. 3, § 11, de pec. 15, 1; fr. 22 de tutelae 27, 3.

3) fr. 29 Nov. 46, 2.

4) Vgl. Windscheid, Pandekten, § 124, Anm. 1.

5) Dafür spricht unter anderm die alte Rechtsregel bei Gajus III, 180: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere.

6) System, Band VI., S. 34, 35.

erklärt es sich, daß die Unterlassung dieses Gehorsams als eine unerfüllte Obligation, als eine Mora, betrachtet wurde."

Man sieht: an der Stelle des Quasicontractes ist hier schon der Contract getreten. Die Parteien hätten einen Contract dahin abgeschlossen, sich dem Urtheil zu unterwerfen. Schon diese Vertauschung des Quasicontractes mit einem Contracte kann ich nicht gelten lassen.

Nun mischt v. Savigny noch gar den Restitutionsbefehl hinein. Der Beklagte soll die Zusage gemacht haben, dem Restitutionsbefehle getreulich nachkommen zu wollen. Das ist entschieden keine Römische Auffassung. In den Formeln der actiones arbitrariae heißt es: condemnato, nisi restituat, oder ähnlich. Wenigstens hat Huschke, dem v. Savigny[7]) folgt, das N. R. bei Gaj. IV, 47 so aufgelöst. Die Verurtheilung wird also dadurch bedingt, daß der Beklagte nicht restituirt. Das hieße in die v. Savigny'sche Contractsauffassung übersetzt: der Beklagte verspricht, unter der Bedingung sich dem Urtheile zu unterwerfen, daß er nicht restituirt. Es liegen also bei den actiones arbitrariae keine zwei Contracte, sondern nur ein bedingter Contract vor. Ein Beklagter, der demnach dem Restitutionsbefehle keine Folge leistete, erschiene nicht als wortbrüchig, da er ja nur dafür Sorge trüge, daß der Richter zum Urtheilen gelange.

Zu dieser eigenthümlichen Auffassung des Restitutionsbefehles ist v. Savigny durch zwei Stellen veranlaßt, die bei Gelegenheit eines Restitutionsbefehles von mora sprechen[8]). Allein der Ausdruck mora ist hier gleichbedeutend mit contumacia[9]). Das sieht v. Savigny auch ein, will aber gleichwohl mora technisch verstanden wissen[10]).

Nun ist freilich als möglich zuzugeben, daß contumacia und technische mora zu gleicher Zeit vorhanden sein können. Auf der andern Seite ist aber nicht abzusehen, wenn man für den fraglichen Ausdruck schon eine ganz genügende Erklärung gefunden hat, warum man dann die technische mora noch obenein herbeiziehen will. Zum mindesten wird man dies nicht ohne Noth thun, zum mindesten müßten dann doch alle Voraussetzungen vorhanden sein, welche die technische mora verlangt, also auch ein obligatorischer Anspruch. Das ist hier,

[7]) System, Band V., S. 86 und 124. A. M. freilich Ubbelohde, Realcontracte, § 1.

[8]) fr. 15, § 3; fr. 17, § 1, R. V. 6, 1.

[9]) Vgl. oben § 2, S. 17, 18.

[10]) System, Band VI., S. 178.

wo eine rei vindicatio in Frage steht, nicht der Fall. Und um nun dieses Erforderniß herauszubringen, nimmt v. Savigny zu künstlichen Manipulationen seine Zuflucht.

Allein ein Restitutionsbefehl besaß ebenso wenig die Kraft, einen dinglichen Anspruch in einen obligatorischen zu verwandeln, wie die Litiscontestation. Und was den Rechtssatz selber anbetrifft, um den es sich in den beiden fraglichen Stellen handelt, daß die Haftung des bis dahin gutgläubigen Besitzers nach dem Restitutionsbefehl erweitert werde, so trägt er wahrlich seine Erklärung in sich selber, ohne daß man nöthig hätte, ihn mit der technischen mora in Verbindung zu bringen.

Will man einmal mora und malae fidei possessio durcheinander mengen, so hätte man anders zu Werke gehen müssen. Dann hätte man sagen müssen: die Mahnung beschränkt sich nicht auf das Obligationenrecht, sondern umfaßt auch die dinglichen Ansprüche.

So betrachtet in der That ein neuerer Schriftsteller die Sache, mit dem ich mich jetzt beschäftigen will.

Windscheid[11]) sagt:

„Auf jeden Fall bedürfen wir dieses obligatorischen Verhältnisses nicht, um für den malae fidei possessor eine Mora zu construiren. Wir haben nur zu sagen — und daß wir es thun, scheint mir von besonderer Wichtigkeit — daß der Begriff der Mora nicht bloß auf die obligatorische Verbindlichkeit, sondern auf die Verbindlichkeit überhaupt, auch auf die durch ein dingliches Recht begründete, römisch ausgedrückt: nicht bloß auf die actio in personam, sondern auch auf die actio in rem Anwendung finde. Kommen zu dieser Verbindlichkeit die andern Voraussetzungen der Mora hinzu, so entsteht sie in derselben Weise, wie bei eigentlichen Obligationen. Daß die Interpellation gerade durch die Litiscontestation gemacht werde, ist nicht nothwendig, sie kann auch der Litiscontestation vorhergehen, und wird es regelmäßig thun, nach heutigem Rechte immer."

Windscheid hat diese Ansicht in seinem Pandektenlehrbuche[12]) wiederholt. Dann hätte er aber streng genommen die Mahnung im allgemeinen Theil und nicht im Obligationenrecht abhandeln müssen.

Ferner ist Windscheid den Beweis schuldig geblieben, daß seine Auffassung im Corpus Juris begründet sei.

Dieser Beweis hätte Windscheid um so schwerer werden sollen,

---

[11]) Heidelberger Kritische Zeitschrift, 1856, Bd. III., S. 259.

[12]) § 124, Anm. 4.

als die Wirkungen der Mahnung im Obligationenrecht gar mannigfaltiger Art sind. Windscheid hätte dann also auch darthun müssen, welcher Gattung von Obligationen die dinglichen Ansprüche in dieser Beziehung wären gleichgestellt worden.

Doch ich will hiervon einmal absehen, und die Frage aufwerfen: ob es denn überall wünschenswerth sei, daß die Mahnung auf die dinglichen Ansprüche ausgedehnt werde, ob innere Gründe vorhanden sind, die uns dazu nöthigen.

An solchen innern Gründen scheint es mir nun gänzlich zu fehlen.

Fassen wir zunächst den malae fidei possessor in's Auge.

Wie das Recht dazu kommen sollte, hier der Mahnung Wirkungen beizulegen, ist schwer einzusehen. Der Berechtigte würde schon mahnen, wenn er nur wüßte, wer der malae fidei possessor sei. Will das Recht hier den Berechtigten ausreichend schützen, so muß es dem bösgläubigen Besitzer die Verpflichtung auferlegen, dem Berechtigten unaufgefordert die Sache wieder zuzustellen, eventuell ihn für die ganze Dauer des bösgläubigen Besitzes schadlos zu halten.

Zudem hinkt der Vergleich eines malae fidei possessor mit einem gemahnten Schuldner an allen Ecken und Enden. Nach der herrschenden Ansicht hat die Mahnung zu ihrer Voraussetzung, daß der Gemahnte von der Schuld wußte, eventuell hätte wissen müssen [13]). Es wird sich im Laufe der Untersuchung herausstellen, daß diese Ansicht gar nicht einmal richtig ist, daß vielmehr auf Wissen oder Nichtwissen des Schuldners in der Regel gar nichts ankommt. Jedenfalls bleibt aber, selbst die Richtigkeit der herrschenden Ansicht angenommen, noch immer ein großer Unterschied zwischen malae fidei possessio und Mahnung. Denn die malae fidei possessio verlangt wirklichen bösen Glauben. Von einem Hättewissenmüssen kann hier keine Rede sein. Selbst ein Rechtsirrthum schließt das Entstehen einer mala fides aus [14]).

Ferner kann man einen gemahnten Schuldner vor der Mahnung doch nicht mit einem bösgläubigen Besitzer auf gleiche Stufe stellen wollen. Die Mahnung findet ihre Hauptanwendung da, wo für die Leistung keine bestimmte Zeit festgesetzt worden, wo z. B. auf unbestimmte Zeit creditirt ist. Zweck der Mahnung ist dann, den Schuldner davon in Kenntnis zu setzen, daß der Gläubiger nunmehr bereit sei,

[13]) Mommsen a. a. O. S. 57.

[14]) fr. 25, § 6. H. P. 5, 3.

die Leistung entgegen zu nehmen. Nun kann man aber einen Schuldner, der beispielsweise auf unbestimmte Zeit Credit erhalten hat, und hiervon bis zur Mahnung Gebrauch macht, doch unmöglich in irgend einer Beziehung bösgläubig nennen.

Eher noch könnte man einen gemahnten Schuldner vor der Mahnung mit einem gutgläubigen Besitzer vergleichen wollen, und versucht sein, diesem gegenüber die Grundsätze von der Mahnung zur Anwendung zu bringen. Sehen wir einmal zu, wie weit wir damit kommen.

Also ein gutgläubiger Besitzer wird vom wirklich Berechtigten gemahnt. Er überzeugt sich in Folge der Mahnung und sonstiger Auseinandersetzungen, die ihm gemacht worden, daß der Mahnende in der That der Berechtigte sei.

Was liegt dann vor? Dann wird der gutgläubige Besitzer zum bösgläubigen, es treten die Wirkungen der malae fidei possessio ein, und für den wirklich Berechtigten scheint ausreichend gesorgt.

Jetzt bleibt noch der Fall zu betrachten, wo der gutgläubige Besitzer in Folge der Mahnung hätte wissen müssen, daß der Mahnende der wirklich Berechtigte sei. Nur hier scheint noch Raum für die Mahnung zu sein, wenn man sie überall bei dinglichen Ansprüchen zulassen will; gerade hier aber dürfte ihre Zulassung den allererheblichsten Bedenken unterliegen.

Man denke sich einmal einen Rechtszustand, wo es jedem Kläger gestattet wäre, einem gutgläubigen Besitzer entgegenzuhalten: du hättest wissen müssen, daß ich der wirklich Berechtigte sei; ich wollte dir alle Urkunden und Beweismittel vorlegen, du hast sie aber nicht einsehen wollen.

Man würde auf diese Weise dem gutgläubigen Besitzer die Verpflichtung auferlegen, Jeden, der zu ihm käme und ein besseres Recht behauptete, nicht bloß ruhig anzuhören, sondern sogar dessen Gründe zu prüfen.

Das wäre meines Erachtens nicht bloß ein ganz ungesunder Rechtssatz, sondern auch ein Rechtssatz, der dem Geiste des Römischen Rechtes schnurstracks widersprechen würde. Denn wenn das Römische Recht den gutgläubigen Besitzer in angegebener Weise hätte beunruhigen wollen, so wäre es ja weit einfacher gewesen, die Grenze zwischen gutem und bösem Glauben etwas anders zu ziehen, indem man z. B. den Rechtsirrthum nicht als entschuldbar behandelt hätte.

Wer einem gutgläubigen Besitzer den Besitz streitig machen will,

der möge den Weg Rechtens betreten: ist der kurze Sinn dieser Ausführung. Man kann von einem gutgläubigen Besitzer nicht verlangen, daß er eher, als es gar zum Processe kommt, über die Rechtmäßigkeit seines Besitzes nachgrüble. Er steht wesentlich anders da, als ein obligatorisch Verpflichteter.

Ich bin zwar mit der Art und Weise, wie im einzelnen die malae fidei possessio im Corpus Juris behandelt worden, nicht durchweg einverstanden. Vornämlich deshalb nicht, weil das Corpus Juris hier mehr ein allmähliches Werden, als einen einheitlichen Abschluß bietet. Das aber erkenne ich an, daß uns hier sehr gesunde Grundlagen überliefert sind. Namentlich die scharfe Abgrenzung der bonae fidei und malae fidei possessio, so wie das Fernhalten der Mahnung von dinglichen Ansprüchen verräth eine Schöpfung von Männern, die sich im practischen Leben bewegt hatten.

Und daß in der That die Mahnung ausschließlich dem Obligationenrecht angehört, wird uns noch klarer werden, wenn wir nur erst deren Bedeutung und öconomischen Zweck näher kennen gelernt haben.

Weil ich aber die hier von den Römern gezogene Grenze für so durchaus angemessen halte, sehe ich es nicht gerne, wenn sie leichthin überschritten wird. Aus diesem Grunde muß ich auch nachstehende Aeußerung, die sich bei v. Savigny [15]) findet, zurückweisen:

„Daß nämlich bei Legaten und Fideicommissen die Mora an sich, vor allem Rechtsstreit, die Forderung von Verzugszinsen begründet, eben so wie von allen andern Früchten, ist unzweifelhaft. Anfangs galt dieses bloß bei Fideicommissen, später auch bei dem legatum sinendi modo, zuletzt ebenso bei dem damnationis und vindicationis legatum."

Hiernach soll also die Mora auch beim Vindicationslegat, also bei einem dinglichen Anspruch Wirkungen erzeugen.

v. Savigny scheint hier vergessen zu haben, welche Mühe es ihm a. a. O. S. 35 machte, den Ungehorsam gegen den Restitutionsbefehl als Nichterfüllung einer Obligation hinzustellen. Diese Mühe war ja ganz unnütz, wenn v. Savigny wirklich die Ansicht hatte, daß die Mora auch bei dinglichen Ansprüchen Wirkungen äußere.

v. Savigny beruft sich auf folgende Stellen:

Gaj. II, 280;

---

[15]) System, Band VI., S. 155.

fr. 51 pr. fam. herc. 10, 2;
fr. 91, § 7, Leg. I;
fr. 3 pr. Usuris 22, 1;
fr. 39, § 1, Leg. I;
c. 4 C. de us. et fr. 6, 47.

Bei Gaj. II, 280 ist vom Vindicationslegat keine Rede.

fr. 51 pr. fam. herc. handelt von Wirkungen der Litiscontestation.

fr. 91, § 7, Leg. I desgleichen.

fr. 3 pr. Us. handelt von Fideicommissen.

fr. 39, § 1, Leg. I, bezieht v. Savigny selber auf ein Damnationslegat. Auch handelt es von Wirkungen der Litiscontestation, nur daß die Haftung für Zufall schon von der Mora her angenommen wird.

c. 4 C. de us. et fr. handelt von den Wirkungen der Litiscontestation.

v. Savigny ist also den Beweis, daß die Mora beim Vindicationslegat einen Anspruch auf Früchte erzeuge, vollständig schuldig geblieben.

Um einen derartigen Beweis zu führen, hätte es übrigens nicht genügt, wenn dargethan wäre, daß ein mit dem Vindicationslegate Bedachter von der Mahnung an Früchte gefordert hätte. Denn ein solcher hatte die Wahl, ob er mit einer actio in rem oder in personam klagen wollte [16]). Es hätte also auch gezeigt werden müssen, daß gerade mit der rei vindicatio seit der Mora Früchte eingeklagt seien.

Einen derartigen Beweis zu erbringen, dürfte aber um so schwieriger sein, als das Römische Recht sowohl beim dinglichen Legat [17]), als dinglichen Fideicommiß [18]) den Anspruch auf Früchte und omnis causa von einem ganz andern Gesichtspunkt aus auffaßte, als bei der obligatorischen Vermächtnisforderung.

Ferner betrachte man einmal die von v. Savigny selber angeführte Stelle aus Gajus etwas genauer.

Gajus will hier den Unterschied der Fideicommisse und Legate anlangend die Mahnung auseinandersetzen. Hierbei erwähnt er aber von den Legaten nur das Damnationslegat und das legatum sinendi

[16]) fr. 84, § ult. fr. 85 Leg. I. fr. 76, § 8, Leg. II.
[17]) fr. 86, § 2, Leg. I.
[18]) fr. 42 Us. 22, 1.

modo, also die Legate, welche lediglich einen persönlichen Anspruch erzeugten.

Wäre Gajus der Ansicht gewesen, daß die Mahnung auch beim dinglichen Fideicommißanspruch Wirkungen äußere; so hätte er es bei dieser Gegenüberstellung nicht bewenden lassen dürfen, sondern hätte auch des Vindications= und Präceptionslegates gedenken müssen.

So glaube ich denn die Grenze nach dieser Seite hin sicher gestellt zu haben, und kann im Abgrenzen fortfahren.

§ 10.

Obligationen, bei deren Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers nicht erforderlich ist.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen.

Die Zeit, wann diese Leistung zu geschehen habe, kann entweder dem Ermessen des Gläubigers anheim gegeben, oder in anderer Weise, sei es nun ausdrücklich oder stillschweigend, sei es mehr oder weniger bestimmt, festgesetzt sein.

Man möchte meinen, daß unsere Mahnung nur da einen Sinn habe, wo die Zeit der Leistung in's Ermessen des Gläubigers gestellt worden; daß es aber im übrigen Sache des Schuldners sei, die Leistung unaufgefordert zu beschaffen.

Allein ganz so einfach steht die Sache denn doch nicht.

Wir haben nämlich zu unterscheiden, ob zur Erfüllung der Obligation eine Mitwirkung des Gläubigers an sich erforderlich, oder ob die Erfüllung ohne dies möglich ist.

Zur Erfüllung der Obligation ist eine Mitwirkung des Gläubigers da erforderlich, wo diese in einer Zahlung an den Gläubiger besteht. Denn da die Zahlung an den Gläubiger sich aus einer Oblation der schuldigen Leistung von Seiten des Schuldners und einer Annahme des Gläubigers zusammensetzt: so ist damit die Mitwirkung des Gläubigers gegeben. Die Mitwirkung des Gläubigers besteht hier in Annahme des Angebotenen.

Nun kommen diese auf Zahlung an den Gläubiger gerichteten Obligationen, um nur die Hauptfälle zu erwähnen, bald so vor, daß der Schuldner die Leistung beim Gläubiger anzubieten, oder der Gläubiger sich dieserwegen zum Schuldner zu bemühen hat.

Wenn aber ein Gläubiger sich zum Schuldner begibt, um hier die schuldige Leistung entgegen zu nehmen, so ist das nichts anders als eine Aufforderung an den Schuldner, diese Leistung zu beschaffen, also eine Mahnung.

Auf diese Weise haben wir für die hier betrachtete Obligationengattung zunächst den Satz gewonnen, daß eine Mahnung überall da am Platze ist, wo der Gläubiger die Leistung beim Schuldner entgegen zu nehmen hat.

Aber auch wo der Schuldner die Leistung beim Gläubiger anzubieten hat, werden wir die Mahnung nicht immer entbehren wollen, wenn auch die Zeit für die Leistung, sei es nun ausdrücklich oder stillschweigend, sei es mehr oder weniger bestimmt, festgesetzt worden.

Denn wenn auch der Schuldner die Leistung beim Gläubiger anzubieten hat, wenn auch eine Zeit für diese Leistung feststeht — der Umstand, daß der Gläubiger die unterlassene rechtzeitige Erfüllung stillschweigend hinnimmt, kann dieser Umstand nicht vielleicht beim Schuldner die Vorstellung erwecken, als ob es dem Gläubiger um rechtzeitige Erfüllung gar so sehr nicht zu thun sei? Und namentlich wenn die festgesetzte Erfüllungszeit mehr oder weniger unbestimmt war, kann man es da dem Schuldner verargen, wenn er denkt: hat der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand so gar sehr nöthig, dann wird er sich wohl melden?

Jedenfalls ist dieser Punkt einer verschiedenen Regelung fähig, und ohne mich hier schon darüber auszusprechen, welcher Auffassung ich den Vorzug gebe, sei nur bemerkt: daß im heutigen Recht hier die Rechtsregel dies interpellat pro homine eingreift, daß diese Rechtsregel dem Corpus Juris noch fremd, und durch dieselbe der Römischen Mahnung Gebiet entzogen ist.

Ganz anders steht es nun um die Obligationen, bei deren Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers an sich nicht erforderlich ist. Hier hat allerdings die Mahnung nur insofern Sinn, als die Zeit, wann die Leistung zu beschaffen, vom Ermessen des Gläubigers abhängt. Denn so weit dies nicht der Fall, so weit die Zeit der Leistung anderweitig, sei es auch noch so unbestimmt, feststeht, ist es Sache des Schuldners, die Handlung, zu welcher er verpflichtet, unaufgefordert rechtzeitig vorzunehmen. Er kann sich hier nicht darauf berufen: der Gläubiger werde sich wohl melden, wenn es ihm um rechtzeitige Erfüllung so sehr zu thun sei. Denn da der Gläubiger bei der Erfüllung gar nicht

mitzuwirken hat, entzieht sich leicht seiner Controle, ob der Schuldner seinen Verpflichtungen rechtzeitig nachgekommen ist. Während der Schuldner alles verabsäumte, wähnt der Gläubiger vielleicht, daß alles in bester Ordnung sei. Die Sache liegt bei diesen Obligationen also keineswegs so, daß, so weit die Mahnung keinen Sinn habe, auch von Verzug keine Rede sein könne. Im Gegentheil ist der Verzug im übrigen von großer Bedeutung. Er verläßt hier nur gerne unsere Mahnung, und ist sich schon ohne sie selbst genug.

Zu Obligationen dieser Art gehören z. B. die mannigfaltigen Verpflichtungen des Vormundes dem Minderjährigen gegenüber, so weit es sich nicht um Herausgabe des Mündelvermögens nach beendigter Vormundschaft handelt.

So ist der Vormund verpflichtet, dem Verderben ausgesetzte Sachen zu veräußern, in welcher Beziehung hier folgende Stelle Ulpian's einen Platz finden möge.

fr. 7, § 1, de adm. et per. 26, 7.

> Si tutor cessaverit in distractione earum rerum, quae tempore depereunt, suum periculum facit: debuit enim confestim officio suo fungi. Quid, si contutores exspectabat vel differentes, vel etiam volentes se excusare, an ei ignoscatur? et non facile ignoscetur: debuit enim partibus suis fungi non quidem praecipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione.

Wir sehen hier, der Vormund darf sich keinen Verzug zu Schulden kommen lassen. Er muß von selber wissen, wann es Zeit ist, die dem Verderben ausgesetzten Sachen zu verkaufen. Dies bringt die ganze Stellung des Vormundes dem Mündel gegenüber ihrer Natur nach mit sich.

Ferner hat der Vormund die Schulden des Mündels zu bezahlen [1]), dessen Gelder zu belegen [2]), Schenkungen für ihn anzunehmen [3]), Erbschaften für ihn anzutreten [4]) u. s. w. u. s. w., und haftet für jeglichen Verzug, den er sich in dieser Beziehung zu Schulden kommen läßt, ohne daß es einer Mahnung bedarf.

---

[1]) fr. 9, § 5, de adm. et per. 26, 7.
[2]) fr. 7, § 3 eodem.
[3]) c. 21 de adm. tut. 5, 37.
[4]) fr. 11 de auct. tut. 26, 8.

Hierher gehören ferner die Fälle, wo Jemand Forderungen für andere einzuziehen hat [5]).

Hierher gehört auch die Obligation des Frachtführers z. B. der Postanstalten, wobei indes bemerkt werden mag, daß sich die Norddeutsche Bundespost in dieser Beziehung mit einem ganz stattlichen Privilegium ausgerüstet hat [6]).

Weiter gedenke ich des Spediteurs, des Gesellschafters, des Einkaufscommissionärs, des Verkaufscommissionärs, des Mandatars, des Versicherten [7]), des Schiffers u. s. w. u. s. w.

Auch erinnere ich an das Verhältnis des Sachwalts zum Clienten.

In allen diesen Fällen macht sich der Verzug regelmäßig ohne Mahnung geltend, so weit es sich um Verpflichtungen handelt, die auf andere Weise als durch Zahlung an den Gläubiger zu erfüllen sind. Hier ist der Schuldner regelmäßig auf sich selber angewiesen, daß er nichts versäume und seinen Verbindlichkeiten rechtzeitig nachkomme.

Häufig würden hier auch einer Mahnung thatsächliche Schwierigkeiten im Wege stehen. Man denke z. B. nur an den Schiffer, der in fernen Weltmeeren die Interessen der Rhederei zu vertreten hat, oder an den Vormund.

So weit freilich zur Aufhebung der Obligation eine Zahlung an den Gläubiger erforderlich ist, so weit macht sich unsere Mahnung allerdings wieder in gewohnter Weise geltend.

Ich habe z. B. Jemand den Auftrag gegeben, für mich eine bestimmte Sache zu kaufen, sobald sich Gelegenheit dazu fände. Hier darf der Beauftragte keine Kaufsgelegenheit versäumen, sondern muß kaufen, ohne erst von mir eine Aufforderung hierzu zu erwarten. Hat er dann aber gekauft, dann kann wegen Herausgabe der Sache wieder von unserer Mahnung die Rede sein [8]).

Alle diese Obligationen, bei deren Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers an sich nicht erforderlich ist, lassen nur sofern unsere Mahnung zu, als die Zeit, wann die Mahnung zu beschaffen, vom Ermessen des Gläubigers abhängt.

---

[5]) fr. 15 de adm. tut. 26, 7; fr. 68 C. E. 18, 1; fr. 44 Mand. 17, 1; fr. 35 R. C. 12, 1; fr. 9, § 9, de adm. rer. 50, 8; fr. 49 pr. S. M. 24, 3; fr. 108, § 12, Leg. I.

[6]) Bundesgesetz vom 2. Nov. 1867, § 6, über das Postwesen. Bundesgesetzblatt von 1867, S. 63.

[7]) A. D. H. G. B. Art. 827, 828.

[8]) fr. 8, § 10, Mand. 17, 1.

Einer ist z. B. verpflichtet, einem andern eine bestimmte Sache zu verkaufen, jedoch hat dieser andere sich die Zeitbestimmung, wann dieser Verkauf Statt finden solle, vorbehalten.

Hier ist ein Verzug, der nachtheilige Wirkungen für den Schuldner zur Folge haben könnte, nicht eher denkbar, als bis eine Aufforderung vom Gläubiger, den Verkauf vorzunehmen, erfolgt ist.

Derartige Vorbehalte von Seiten des Gläubigers in zeitlicher Beziehung werden indes bei dieser Classe von Obligationen verhältnismäßig selten sein. Denn wenn die Vornahme der fraglichen Handlung noch nicht so gar nöthig war, hatte es damit, sich einen Schuldner in dieser Weise zu verpflichten, ja auch wohl noch nicht so große Eile?

Regel bei dieser Classe von Obligationen bleibt demnach: der Verzug äußert Wirkungen, ohne daß es einer Mahnung bedarf. Mahnungen werden nur selten nöthig sein.

Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß die Mahnungen nur so weit vorkommen, als sie wirklich nöthig sind. Das ist keineswegs der Fall, aber darüber hinaus sind sie mindestens überflüssig.

Wenn z. B. ein Sachwald alle acht Tage von seinem Clienten einen Besuch erhält, und daran erinnert wird, er möge in dem Rechtsstreite auch ja nichts versäumen, so ist das höchst überflüssig. Der Mann könnte gerne wegbleiben, der Sachwalt darf so wie so nichts versäumen.

Mommsen, S. 109, meint, bei diesen Obligationen, wo die Erfüllung der Obligation keine Mitwirkung von Seiten des Gläubigers voraussetze, könne die Regel dies interpellat pro homine ohne weiteres zur Anwendung gebracht werden. Allein diese Rechtsregel hat es nur mit festbestimmten Zeiten zu thun. Das reicht hier aber lange nicht aus: hier genügt jede auch noch so unbestimmte Zeitbestimmung. Und in dieser Beziehung findet auch keine Verschiedenheit zwischen Römischem und heutigem Recht Statt. Der Gedanke selber ist von Ulpian recht anschaulich in folgender Stelle zum Ausdruck gelangt.

fr. 52, § 11, pro socio, 17, 2.

> Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo vel culpa empta non sit, pro socio esse actionem constat plane si condicio sit adjecta „si intra illum diem veniret“, et dies sine culpa socii praeterierit, cessabit actio pro socio.

Es haben hier zwei einen auf Einkauf einer Sache gerichteten

Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, von denen der eine es übernommen, den Einkauf der Sache zu besorgen. Es handelt sich hier also um eine Verpflichtung, Einkaufen einer Sache, bei der es zur Erfüllung einer Mitwirkung des Gläubigers gar nicht bedarf. So wie Ulpian sich den Fall zunächst denkt, ist die Zeitbestimmung so unbestimmt wie nur möglich. Der eine Gesellschafter soll kaufen. Wenn nun aber die fragliche Sache nicht zu kaufen ist? Dann muß er Acht geben, bis sich eine Kaufsgelegenheit darbietet. Und sollte er diese schuldvoller Weise versäumen, so muß er dafür aufkommen.

Wie lange dauert denn eine derartige Verpflichtung? Das zu bestimmen, hängt von den nähern Verhältnissen ab, und kann oft sehr schwierig sein. Wir sehen, in zeitlicher Hinsicht ist die fragliche Verpflichtung so unbestimmt, wie nur möglich. Gleichwohl wird hier der Schuldner für Verzug verantwortlich gemacht, ohne daß es einer Mahnung bedarf.

Und selbst wenn die Zeit, bis wann die Verpflichtung äußersten Falles dauern solle, festgesetzt wäre, si intra illum diem veniret; selbst dann noch haben wir es mit einer in zeitlicher Beziehung sehr unbestimmten Verpflichtung zu thun. Denn die Zeit, wann die betreffende Handlung vorzunehmen, hängt immer von der Kaufsgelegenheit, hängt davon ab, daß die Sache zu kaufen ist.

Also die Voraussetzungen, die bei der Rechtsregel dies interpellat pro homine maßgebend sind, und die wir noch näher kennen lernen werden, reichen bei der hier zur Frage stehenden Obligationenclasse bei weitem nicht aus. Und daß es mit dem dies in unserer Stelle eine andere Bewandtnis habe, als in der fraglichen Rechtsregel, leuchtet gleichfalls ein.

Mommsen, S. 32, führt es als eine Besonderheit auf, daß die Mahnung bei den auf eine Unterlassung gerichteten Obligationen keine Bedeutung habe. Allein diese Obligationen sind nur eine Unterart der hier betrachteten Classe von Obligationen; denn auch eine auf Unterlassung gerichtete Verpflichtung bedarf zu ihrer Erfüllung von Seiten des Gläubigers keinerlei Mitwirkung.

So ist denn die Eintheilung der Obligationen in solche, bei denen die Erfüllung in einer Zahlung an den Gläubiger besteht, und solche, wo es zur Erfüllung einer Mitwirkung des Gläubigers gar nicht bedarf, für unsere Mahnung sehr wichtig. Die ersteren bilden das Hauptgebiet der Mahnung, die letzteren sind ein Gebiet, das sie nur ausnahmsweise betritt.

Diese Gebietsabgrenzung darf man sich indes nicht so vorstellen, als ob Obligationen, die einmal zur ersteren Classe gehörten, diesen Character auch nothwendig behalten müßten. Vielmehr können besondere Umstände eintreten, die zu Wege bringen, daß auch bei diesen Obligationen eine Erfüllung ohne Mitwirkung des Gläubigers möglich, mithin eine Mahnung überflüssig wird.

Von einem Fall dieser Art handelt Ulpian in folgender Stelle. fr. 5, § ult. N. G. 3, 5.

> Videamus in persona ejus, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non, contemplatione tamen ejus alius ad haec non accessit, et si vir diligens (quod ab eo exigimus) etiam ea gesturus fuit: an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri et propter ea quae non gessit? quod puto verius, certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur, quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen a semet ipso cur non exegerit, ei imputabitur: et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, ut divus Pius Flavio Longino rescripsit: nisi forte, inquit, usuras ei remiserat.

Ein Geschäftsmann ist verreist, oder anderweitig behindert, seine Geschäfte selber zu besorgen. Einer seiner Schuldner kann's nicht lassen, negotia zu geriren. Die Casse ist leer, und es entsteht die Frage: wo Geld hernehmen? Der Schuldner in seiner Eigenschaft als negotiorum gestor ist jetzt in der Lage, seine Obligation ohne Mitwirkung des Gläubigers erfüllen zu können[9]): er braucht ja nur mit dem Gelde, was er schuldet, die nöthigen Ausgaben zu bestreiten; oder das Geld in die Casse zu legen, und den von ihm geschuldeten Posten auf die Creditseite seines Foliums einzutragen[10]). Auf diese Weise wird der dominus negotiorum zum mindesten in die Noth-

[9]) Vgl. fr. 35, 38 N. G. 3, 5; fr. 9, § 2 und § 5 de adm. et per. 26, 7 und Cujacius zu unserer Stelle, Venetianische Ausgabe von 1758, Bd. VI., Spaltseite 17 E.

[10]) fr. 38 N. G. 3, 5 vba: intulit rationibus creditoris, cujus negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam. Ueber Römische Buchführung überhaupt vgl. Hecht, die Römischen Kalendarienbücher, Heidelberg 1868.

wendigkeit versetzt, die negotiorum gestio entweder anzuerkennen, und gleichzeitig dem negotiorum gestor über die Bezahlung seiner Schuld zu quitiren; oder die Anerkennung der Geschäftsführung und damit gleichzeitig die Quitungsertheilung zu unterlassen. Eine Anerkennung der Geschäftsführung ohne diese Quitungsertheilung ist nicht denkbar. Nun darf aber ein dominus negotiorum eine Anerkennung der negotiorum gestio da nicht versagen, wo der negotiorum gestor in Nothfällen hinzugetreten und seine Sache recht gemacht hat. Hier kann ihm demnach die Quitungsertheilung nicht entgehen.

So ist denn auch der negotiorum gestor unter Umständen verpflichtet, seine Schuld an den dominus negotiorum zu berichtigen; und wenn er dieser seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so verwandelt sich seine Schuld, die bisher vielleicht keine Zinsen trug, in eine zinsentragende. Dies gilt freilich nicht ausnahmslos. Denn zwischen dem dominus negotiorum und dem negotiorum gestor hätte ja ein solches Verhältnis obwalten können, daß der erstere so wie so die Zinsen erlassen hätte. Die Ausnahme interessirt uns hier indes weniger als die Regel. Wir haben hier eine Obligation, bei deren Erfüllung ursprünglich die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Durch die negotiorum gestio ändert sich indes die Sachlage, und jetzt kann der Verzug Wirkungen äußern, ohne daß es einer Mahnung bedarf. Es gereicht dem negotiorum gestor zum Nachtheil, a semet ipso cur non exegerit.

So hat es uns denn hier schon Früchte getragen, daß wir den technischen Verzug aufgaben. Denn einerseits haben wir ein großes Gebiet kennen gelernt, wo der Verzug, um Wirkungen zu äußern, nur ausnahmsweise der Mahnung bedarf, und sich ohne Mahnung nach Herzenslust herumtummeln mag. Und dies ist für unsere Mahnung kein geringer Gewinn. Denn dadurch, daß wir diesen Verzug los geworden sind, kann auch sie freier aufathmen.

Und wenn man einmal einen technischen Verzug haben will, warum soll denn der Verzug, welcher ohne Mahnung Wirkungen äußert, nicht dem Verzuge ebenbürtig sein, zu welchem sich unsere Mahnung gesellt? Man möchte meinen, der Verzug, welcher ohne Mahnung wirkt, hätte auf das Prädicat „technisch" noch weit mehr Anspruch, als der andere.

Je mehr man also darüber nachdenkt, je sonderbarer kommt es einem vor, daß die Römer die Mahnung vorzugsweise als einen Ent=

stehungsgrund der Mora aufgefaßt haben. Eine Erklärung dieser Erscheinung dürfte nur historisch möglich, und wird darin zu suchen sein, daß die Mahnung der erste Fall war, bei welcher Gelegenheit die Römer die Wahrnehmung machten, daß der Verzug ein Ding sei, im Stande, Vermögensschaden anzurichten.

§ 11.

Obligationen auf's Interesse.

Mommsen, S. 32, stellt den Satz auf, daß die Mahnung keine Wirkung äußere, wenn die Obligation unmittelbar auf das Interesse gerichtet sei. Zwar könne eine verzögerte Leistung des Interesse sehr wohl vorkommen; die Wirkungen der Mahnung könnten sich aber in diesem Falle nur darin zeigen, daß das Interesse zu prästiren wäre, welches der Gläubiger daran hatte, daß ihm das den ursprünglichen Gegenstand der Obligation bildende Interesse nicht rechtzeitig geleistet sei. Ein solches Interesse des Interesse könne jedoch nach Römischem Rechte nicht verlangt werden. Demgemäß werde z. B. in Betreff der actio legis Aquiliae von einer Mora nicht gesprochen.

Diese Auffassung Mommsen's bedarf in mehrfacher Beziehung der Berichtigung.

Zunächst lassen sich die Wirkungen, welche das Römische Recht mit der Mahnung verknüpft, durchaus nicht alle auf das Interesseprincip zurückführen. Indessen der Anspruch auf's Interesse, den die Mahnung gewährt, ist eine sehr beachtenswerthe Wirkung, und deshalb müssen wir uns klar darüber werden, wie sich in dieser Beziehung die Mahnung zu den Obligationen auf's Interesse stellt.

Zu diesem Zwecke will ich zuvörderst das von Mommsen gewählte Beispiel etwas näher ins Auge fassen. Wenn A z. B. das Haus des B abbrennt, so hat er Schadensersatz zu leisten. Wodurch wird in diesem Falle der Schade herbeigeführt? Einerseits durch das Brennen. Andererseits ist aber das Haus des B nicht sofort wieder aufgebaut. Es kann B auch dafür Schadensersatz verlangen, daß er sein Haus so lange entbehren muß. Genau genommen sind es hier also zwei Thatsachen, welche den Schaden herbeiführen: einmal das Brennen und sodann der Verzug.

Nun läßt sich allerdings auch ein Schade denken, der sofort wieder ersetzt werden kann. Z. B. Jemand sticht das Pferd des

Andern nieder, und stellt ihm dafür sofort ein gleich gutes wieder zu. Allein auch in solchen Fällen pflegt die menschliche Natur sich zu sträuben, und erst Zeit verfließen zu lassen, ehe sie den Schaden bessert.

Wenn aber ein Schade, der sich z. B. am 2. October 1869 zutrug, erst am 2. October 1870 ersetzt wird, so heißt es dann nicht bloß: wie groß war der Schade am 2. October 1869; sondern: was würde der Beschädigte am 2. October 1870 gehabt haben, wenn ihm der Schade sofort am 2. October 1869 wieder ersetzt wäre[1]).

Wir sehen, überall wo ein Schaden angerichtet wird, pflegt sich gerne der Verzug einzustellen, und sein eifrigstes Bemühen ist dann, den Schaden noch immer größer zu machen.

Daraus entnehmen wir einerseits wiederum, wie ungerechtfertigt es war, daß man ein paar Fälle des Verzugs herausgriff, hier von einem technischen Verzuge sprach, und im übrigen that, als ob der Verzug weiter gar nicht in Betracht käme. Bei jeder Interesseforderung macht sich der Vorzug in der Regel mehr oder weniger geltend.

Andererseits zeigt sich die Mommsen'sche Begründung als unzutreffend. Denn der Satz, daß vom Interesse kein Interesse verlangt werden könne, gehört hier gar nicht her. Wenn man sagt, die Mahnung erzeuge eine Interesseforderung, so heißt das soviel, daß der gemahnte Schuldner nach der Mahnung den Schaden zu ersetzen habe, den er durch seinen Verzug anrichtete. Muß aber dieser Schade schon aus einem andern Grunde ersetzt werden, so ist für diese Wirkung der Mahnung selbstredend kein Raum mehr.

Auf diesen Gegenstand muß ich indes noch etwas näher eingehen.

Interesse ist Vermögensunterschied. Die Ereignisse, durch welche ein Vermögensunterschied hervorgerufen wird, sind sehr mannigfaltiger Art, unter andern gehört hierher auch der Verzug.

Zum Wesen des Verzugs gehört es, daß man sich zwei verschiedene Zeitpunkte denken muß. Der Vermögensunterschied wird dann auf

---

[1]) Vgl. fr. 7, pr. ad leg. Aq. 9, 2. — Dabei mag bemerkt werden, daß dieser Gesichtspunkt im heutigen Recht viel reiner zur Geltung gelangt ist, als im Römischen Recht, wo der Umstand hindernd in den Weg trat, daß bei der Berechnung des Werthes der beschädigten Sache auf eine gewisse Zeit vor der Beschädigung zurückgegriffen werden konnte, was heutzutage unpractisch ist. Vgl. über diese Frage Windscheid, Pandekten, Band II., § 455, Anm. 24.

folgende Weise ermittelt. Man stellt sich die Frage: wie groß würde in einem zukünftigen Zeitpunkte ein Vermögen gewesen sein, wenn in einem vergangenen Zeitpunkte die Leistung erfolgt wäre? Das Vermögen, das man auf diese Weise für den zukünftigen Zeitpunkt gefunden hat, vergleicht man dann mit dem Vermögen des vergangenen Zeitpunktes, und erhält auf diese Weise den Vermögensunterschied.

Was in dieser Beziehung vom Verzuge, gilt ebenso von allen übrigen Ereignissen, die einen Vermögensunterschied hervorrufen: auch hier haben wir stets zwei Zeitpunkte, in denen das Vermögen mit einander verglichen werden muß. Denn der Zeitpunkt ist ein ideeller Punkt, und jedes Ereignis bedarf zweier Zeitpunkte, zwischen welche es fällt. Der Vermögensunterschied, den z. B. ein urere anrichtet, ergiebt sich, wenn man das Vermögen in dem Zeitpunkte, wo das urere beginnt, mit dem Vermögen in dem Zeitpunkte vergleicht, wo das urere aufhört. Es läßt sich durchaus nicht rechtfertigen, wenn Mommsen, S. 178 und sonst, von einem Zeitinteresse im Gegensatz zu einem sonstigen Interesse spricht. Jedes Interesse, wenn man nur absieht vom Ortsinteresse, das uns hier nicht kümmert, ist Zeitinteresse. Jeder Vermögensunterschied hat zu seiner Voraussetzung eine Vergleichung des Vermögens zu verschiedenen Zeitpunkten. Glaubt man hier unterscheiden zu müssen, so sollte man von einem Verzugsinteresse im Gegensatz zu einem sonstigen Interesse sprechen. Denn die Zeit an sich fügt dem Vermögen keinen Schaden zu, sondern nur die Ereignisse, die sich während der Zeit zutragen, und die theils positiver, theils negativer Natur sind.

Es kann aber sein, daß ein Vermögensunterschied nicht bloß durch ein, sondern durch mehrere Ereignisse hervorgerufen wird. So pflegt sich der Verzug gerne andern Ereignissen zuzugesellen. Und wo das Recht Obligationen geschaffen hat, die von Anfang an auf's Interesse gehen, da wird das Verzugsinteresse regelmäßig gleich von Anfang an mit umfaßt.

Diese Regel ist indes nicht ohne Ausnahmen, und so weit Ausnahmen vorkommen, kann auch unsere Mahnung eingreifen.

Bleiben wir bei der actio legis Aquiliae stehen und setzen wir folgenden Fall. Eine Schneiderin deponirt am 14. März ihre Nähmaschine bis auf weiteres bei jemand. Am 15. März vernichtet der Depositar die Nähmaschine. Am 1. April fordert die Schneiderin ihre Nähmaschine zurück, d. h. mahnt wegen derselben. Von welchem

Augenblicke an kann hier von Verzugsinteresse die Rede sein? Doch erst von dem 1. April an, wo gemahnt worden, nicht schon vom 15. März an, wo der Depositar die Nähmaschine vernichtete. Denn für die Zeit vom 15. März bis zum 1. April hätte die Schneiderin so wie so nichts mit der Nähmaschine verdient.

Uebrigens hat es mit dieser actio legis Aquiliae seine eigne Bewandtnis. Denn meines Erachtens dürfte dieselbe nur so weit ins Obligationenrecht gehören, als sie die Contractsculpa wirklich erweitert [2]). Wenigstens vermag ich für das heutige System keinen Grund ausfindig zu machen, warum man z. B. den Satz, daß der Eigenthümer auch dem gegenüber geschützt sei, qui dolo desiit posidere, wohin er gehört, nämlich beim Eigenthum, abhandelt; dagegen den Satz, daß der Eigenthümer auch gegen culpose Verletzungen seines Eigenthums Schutz finde, hinten im Obligationenrecht erörtert. Die actio legis Aquiliae ist gar keine einheitliche Klage. Theils umfaßt sie eine Contractsculpa, theils ist sie eine Eigenthumsklage, theils eine Pfandrechtsklage u. s. w.; und müßte im heutigen System in ihre verschiedenen Bestandtheile aufgelöst werden, und als solche verschwinden.

So haben wir denn den Satz gefunden, daß eine Mahnung, soweit sie einen Interesseanspruch erzeugt, bei den Obligationen regelmäßig wirkungslos bleiben muß, die schon von Anfang an auf's Interesse gehen. Denn derartige Interesseforderungen umfassen regelmäßig schon von Anfang an den Schaden mit, den ein etwaiger Verzug anrichtet.

Es sind jetzt aber noch die Obligationen zu betrachten, welche zwar auf's Interesse gehen können, jedoch dies nicht nothwendig von Anfang an thun. Die Frage, welche Bewandtnis es hier mit der Mahnung habe, ist nicht so einfach zu lösen, wie bei den soeben besprochenen Obligationen, und bedarf einer genauern Untersuchung.

Zunächst fasse ich die actio emti ins Auge. Von dieser heißt es:

fr. 1, pr. A. E. V. 19, 1.

> Si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris; hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est.

Hiernach soll also eine Interesseforderung begründet sein, wenn

---

[2]) Vgl. hierüber v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 681, Anm. 3.

die verkaufte Sache nicht tradirt wird. Nun kann aber sehr häufig die Tradition der verkauften Sache nicht gleich nach Abschluß des Kaufvertrages verlangt werden. In diesem Falle geht also die actio emti noch nicht auf's Interesse. Für die Zeit von Abschluß des Kaufvertrags bis zu dem Augenblicke, wo die Tradition verlangt werden kann, erhält der Käufer nur die Bereicherung[3]), und auch dies nicht ausnahmslos[4]). Si res vendita non tradatur heißt eben, wenn die Sache nicht rechtzeitig tradirt wird; und um über den Sinn dieses Satzes klarer zu werden, müssen wir die verschiedenen Möglichkeiten näher ins Augen fassen.

1) Es kann sein, daß eine mehr oder weniger bestimmte Zeit der Tradition verabredet worden, und daß der Verkäufer die Sache zum Käufer bringen soll.

2) Es kann sein, daß eine mehr oder weniger bestimmte Zeit der Tradition verabredet worden, daß aber der Käufer die Sache vom Verkäufer abholen soll.

3) Es kann sein, daß die Zeit der Tradition mehr unbestimmt gelassen, und daß der Käufer die Sache vom Verkäufer abholen soll.

4) Es kann sein, daß die Zeit der Tradition mehr unbestimmt gelassen, daß gleichwohl der Verkäufer die Sache zum Käufer bringen soll.

Betrachten wir nun zuvörderst den ersten Fall, so ist nicht abzusehen, was hier eine Mahnung noch soll, um eine Interesseforderung zu erzeugen. Hat der Verkäufer die verkaufte Sache zur verabredeten Zeit nicht zum Käufer gebracht, so greift eben unser fr. 1, pr. Platz: si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur.

Dies wird ausdrücklich durch folgende Stelle bestätigt:

c. 10, C. A. E. V. 4, 49.

> Quum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes.

Hier sollte ein Fleischverkäufer zur verabredeten Zeit das verkaufte Fleisch bringen (exhibuisse). Er wurde aber wortbrüchig und deshalb

---

[3]) fr. 3, § 1; fr. 13, § 13, § 18, A. E. V. 19, 1; c. 13, 16 C. eod. 4, 49; fr. 4, § 1, Us. 22, 1; fr. 7 pr. de per. 18, 6.

[4]) fr. 13, § 18, A. E. V. 19, 1; fr. 13, § 11 eodem.

hat der Käufer eine Klage auf's Interesse, ohne daß es einer Mahnung bedarf.

Ich verstehe diese Stelle also von einem Fall, wo die verkaufte Waare dem Käufer gebracht werden muß. Das pflegt ja auch heutzutage noch so zu sein, daß die Hausfrau sich nicht das Fleisch holen läßt, sondern daß der Schlachterjunge es ihr ins Haus bringt. Und eine Hausfrau, die in dieser Beziehung von ihrem Schlachter in Stich gelassen wird, z. B. zur festgesetzten Zeit den zu einer Gesellschaft bestimmten Kalbsbraten nicht erhält, hat schon nach Römischem Rechte einen Anspruch auf's Interesse, einen Anspruch, der sie unter anderm auch dazu berechtigen kann, den zu spät erhaltenen Kalbsbraten zurückzuweisen [5]).

Zu beachten ist ferner:

fr. 31, § 1, A. E. V. 19, 1.

> Et non solum quod ipse per eum adquisit praestare debeo, sed et id, quod emptor jam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisset.

Hiernach hat also auch der Verkäufer dem Käufer das Interesse zu erstatten, was dieser daran hatte, daß ihm der Sclave nicht zur rechten Zeit tradirt worden. Von einer Mahnung ist gar nicht die Rede.

Man glaube übrigens nicht, daß dieser Interesseanspruch bloß dann Platz greife, wenn eine festbestimmte Zeit verabredet worden. Die Zeit kann auch mehr oder weniger unbestimmt gelassen sein. Es heißt ja in unserm fr. 1 pr. nur: si res vendita non tradatur, nicht etwa: si res vendita certo tempore non tradatur. Ein Beispiel wird dies veranschaulichen.

Ein Poeler hat seine Kohlernte nach Wismar verkauft. Es ist verabredet, daß der Poeler den ersten Markttag (Mittwoch oder Sonnabend), wo Wind und Wetter günstig, den Kohl mit seinem Boote nach Wismar bringe. Wind und Wetter waren den nächsten Markttag günstig, denn es hatten viele Poeler gerade an diesem Tage ihren Kohl zu Boot nach Wismar gebracht, nur unser Verkäufer war ausgeblieben. Hier muß dieser Verkäufer dem Käufer ohne Zweifel das gesammte Interesse ersetzen, obwohl die Zeit gar nicht in der Weise fest bestimmt war, wie dies z. B. da erforderlich ist, wo die Rechtsregel dies interpellat pro homine anwendbar werden soll.

---

5) Vgl. Seuffert's Archiv, Band XI., Nr. 141.

Bisher haben wir Stellen betrachtet, wo von keiner Mahnung die Rede war. Es giebt aber auch solche, wo der Interesseanspruch von einer Mahnung abhängig erscheint.

fr. 21, § 3, A. E. V. 19, 1.

> Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit.

Wenigstens bezieht man diese Stelle wohl am natürlichsten auf eine Mahnung; zum mindesten wird durch die Ausdrucksweise per venditorem steterit quominus die Mahnung mit umfaßt.

Eine Mahnung ist auch überall da erforderlich, wo nicht sowohl eine Zeit für die Tradition verabredet, als auch der Verkäufer zum Bringen verpflichtet ist; also nicht im Falle unter 1, dagegen in den Fällen unter 2 bis 4.

Der Zweck, dem die Mahnung hier dient, ergiebt sich durch folgende Betrachtung.

Es gibt Obligationen, die von selber fällig werden, aber auch solche, deren Fälligkeit herbeizuführen zwar in der Macht des Gläubigers steht, die aber doch nicht ohne weiteres fällig sind. Und hier ist es nun gerade, wo die Mahnung eingreift; die Mahnung ist das Mittel, durch welches der Gläubiger diese seine Macht ausübt.

In dem Falle unter 1 haben wir es mit einer Obligation zu thun, die ohne Zuthun des Gläubigers fällig wird.

In dem Falle unter 2 hingegen muß sich der Käufer zur verabredeten Zeit zum Verkäufer begeben und erklären, daß er seinerseits bereit sei, die Leistung entgegenzunehmen. Vor dieser Erklärung ist die Obligation noch nicht fällig, sie wird es erst durch dieselbe.

In dem Falle unter 3 hat die Mahnung zudem den Zweck, daß sie die Zeit der Tradition feststellt, und die in dieser Beziehung unvollständige Obligation vervollständigt.

In dem Falle unter 4 hat die Mahnung nur den so eben angegebenen Zweck.

Auch in den Fällen unter 3 und 4 wird die Fälligkeit erst durch die Mahnung herbeigeführt.

Man kann also den in fr. 1 pr. A. E. V. enthaltenen Satz auch so ausdrücken: die actio ex emto geht von der Fälligkeit der Obligation an auf's Interesse.

Die Wirkung der Mahnung erscheint hier nur als Ausfluß eines

höheren Principes: sie wirkt nur, wenn und so weit sie die Fälligkeit der Obligation herbeiführt.

Jetzt mag noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß wir bei der Oblation auf ganz parallele Erscheinungen stoßen. Damit dies anschaulich werde, müssen wir uns obige vier Fälle vom umgekehrten Standpunkte aus betrachten: wir müssen uns also die Sache so denken, daß der Schuldner, hier der Verkäufer, gerne erfüllen, der Gläubiger aber nicht annehmen will.

1. Es ist eine mehr oder weniger bestimmte Zeit verabredet, der Verkäufer muß die Sache bringen. Hier bedarf es einer Oblation.

2. Es ist eine mehr oder weniger bestimmte Zeit der Tradition verabredet, der Käufer muß die Sache holen. Hier bedarf es gar nicht einmal der Oblation, damit für den Käufer nachtheilige Wirkungen eintreten. Warum kommt er nicht zu rechter Zeit und holt sich die Sache! Hier hört die custodia des Schuldners von selber auf.

fr. 4, § 2, de per. et comm. 18, 6.

> Vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus, quod ita erit accipiendum, si adjectum tempus est.

Dieser Fall steht also rücksichtlich der Oblation ebenso da, wie der erste rücksichtlich der Mahnung [6]).

3. Die Zeit der Tradition ist mehr unbestimmt gelassen, der Käufer muß die Sache holen.

Hier bedarf es jedenfalls einer Realoblation nicht, der Verkäufer hat nur nöthig, dem Käufer anzuzeigen, daß er sich die Sache hole.

fr. 4, § 2, de per. et comm. 18, 6.

> ceterum si non sit adjectum, videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor et est verius — — — denuntiare ei, ut tollat vinum.

4. Im vierten Falle bedarf es wiederum der Oblation.

Ich will jetzt noch ein paar andere Obligationen betrachten, die zwar nicht nothwendig von Anfang an auf's Interesse gehen, die aber doch auf's Interesse gehen können, oder wie man auch sagen kann, die auf's Interesse angelegt sind; und zu zeigen versuchen, daß sich hier dieselbe Erscheinung findet, wie bei der Obligation des Verkäufers.

Hierher gehört z. B. die Stipulation auf ein facere, die incerter Natur und deshalb auf's Interesse angelegt ist.

---

6) Vgl. Seuffert's Archiv XV., 192.

fr. 43 de jud. 5, 1.

Eum qui insulam Capuae fieri certo tempore stipulatus est, eo finito quocumque loco agere posse in id quod interest constat.

Es soll ein Bau zu einer bestimmten Zeit fertig sein. Hält der Baumeister die Zeit nicht ein, so hat der Bauherr eine Klage auf's Interesse, ohne daß es einer Mahnung bedarf.

fr. 11 re jud. 42, 1.

Si kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post kalendas accepto judicio, tanti tamen aestimanda lis est, quanti interfuit mea, kalendis id fieri; ex eo enim tempore quidquid aestimatur, quo novissime solvi poterit.

Statt poterit schlägt Th. Mommsen potuit vor. v. Savigny[7]) stellt diese Stelle mit denen zusammen, welche von dem Zeitpunkte der Schätzung handeln, der bei Sachen zu Grunde gelegt werden müsse. Allein hier handelt es sich gar nicht um Sachen, die abgeschätzt werden sollen, sondern um's Interesse und ein facere. Ferner nicht um einen Zeitpunkt, sondern um eine Zeitdauer. Wenn auch noch so spät geklagt worden, der Kläger soll doch immer das erhalten, was er bei rechtzeitiger Erfüllung gehabt hätte, also das gesammte Verzugsinteresse.

fr. 113, § 1, V. O. 45, 1.

Quum venderet aliquis, promisit emtori fidejussores praestari, et rem venditam liberari; quae ut liberetur, nunc desiderat emtor; in mora est is, qui ea stipulatione id futurum promisit; quaero, quid juris sit. Proculus respondit: tanti litem aestimari oportet, quanti actoris interest.

Hier hat ein Verkäufer versprochen, daß die verkaufte Sache von fremden Ansprüchen befreit werde. Eine bestimmte Zeit der Erfüllung ist nicht verabredet. Der Gläubiger hat es indes in seiner Macht, die Fälligkeit der Obligation durch Mahnung herbeizuführen, und kann dann auf's Interesse klagen.

fr. 114 V. O. 45, 1.

Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram facti non esse.

---

[7]) System, Band VI., S. 208.

Statt facti, wie die Florentiner Handschrift hat, ist wohl factam zu lesen.

Hier hat sich Jemand versprechen lassen, daß ein Grundstück an einem bestimmten Tage geleistet werde, fundum praestari, wobei man etwa an Uebergabe einer Pachtung denken mag. Es handelt sich also um eine Obligation, wo sich der Gläubiger zum Schuldner, oder doch mindestens auf das Grundstück, begeben muß. Hier genügt der bestimmte Tag noch nicht, der Gläubiger muß auch mahnen (per promissorem steterit quominus), damit er einen Interesseanspruch erhalte.

Auf diese Stelle berufen sich sowohl diejenigen, welche die Rechtsregel dies interpellat pro homine schon aus dem Römischen Rechte herleiten wollen, als auch diejenigen, welche dies verneinen [8]). Die einen klammern sich an den dies certus, die andern an den Ausdruck per promissorem steterit. Allein im vorliegenden Falle mußte zu dem dies noch eine Mahnung hinzukommen: der Gläubiger hat sich ja zum Schuldner zu begeben. Ferner haben wir uns zu denken, daß die Mahnung an demselben Tage erfolgte, wo z. B. die Uebernahme der Pachtung vereinbarungsgemäß erfolgen sollte, denn Proculus sagt, es habe am Versprechenden gelegen, quominus ea die praestetur. Daß eine derartige Mahnung allerdings wirksam ist, und daß in solchen Fällen der Gläubiger keineswegs nöthig hat, erst den Tag darauf zu mahnen, wie häufig angenommen wird, davon weiter unten.

Wenn Jemand eine deponirte Summe Geldes nicht am verabredeten Tage zurückerstattet, so hat der Gläubiger einen Anspruch auf's Interesse.

fr. 3 de in lit. jur. 12, 3.

> Nummis depositis judicem non oportet in litem jus jurandum deferre, ut juret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio, nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?

Hier ist eine bestimmte Zeit der Erfüllung verabredet, außerdem hat der Gläubiger an dem Verfalltage gemahnt. Das letztere ersieht

---

[8]) Mommsen a. a. O. S. 88 ff.

man daraus, daß ihm das Geld verweigert worden, adnegata, oder wie Theodor Mommsen will, abnegata. Die Mahnung war nothwendig, wenn der Gläubiger zum Abholen des Geldes verpflichtet war. Aber auch abgesehen hiervon hätte der dolus des Depositars, welcher wegen des in Aussicht genommenen jus jurandum in litem nöthig war [9]), nicht gut ohne Mahnung constatirt werden können. Die Mahnung ist indes auch hier am Verfalltage geschehen, und nicht erst den Tag darauf [10]).

Schließlich will ich noch des constitutum gedenken.

Bruns [11]) hat sehr hübsch nachgewiesen, daß pecuniam debitam constituere ursprünglich bedeutet habe: die Zahlung einer bestehenden Schuld auf einen bestimmten Tag versprechen; und daß die actio constitutoria ursprünglich nur für pecunia credita eingeführt war.

Ueber das Verhältnis des constitutum zur mora spricht Bruns [12]) sich dann so aus:

„Die Constitutsklage geht daher nicht auf Erfüllung, sondern nur auf das Interesse der Nichterfüllung. Ebenso wenig ist eine Mahnung nöthig, sie widerspräche dem ganzen Wesen des Constituts. Der Schuldner muß von selber zahlen, höchstens muß der Gläubiger sich, wenn zugleich ein bestimmter Ort der Zahlung ausgemacht ist, zur Annahme der Zahlung einfinden. — — — — — — —

„Daß die Römer die Sache wirklich in dieser Weise aufgefaßt haben, sieht man im allgemeinen schon daraus, daß sie nirgends von mora und Mahnung beim Constitute sprechen, so nahe es bei den angeführten Stellen auch lag."

Darauf wendet Bruns sich zur Erklärung von

fr. 14, § 2, de pec. const. 13, 5.

Sed et si quis certam personam fidejussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, ut Pomponius scribit, quid tamen si ea persona nolit fidejubere? puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum. Quid si ante decessit? si mora interveniente, aequum est

---

9) fr. 2 de in litem jur. 12, 3.

10) Vgl. noch fr. 37 Mand. 17, 1, vba: per promissorem steterit, quominus sua die solveret.

11) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1861, Band I., S. 28 fgg.

12) a. a. O. S. 65 fgg.

teneri eum qui constituit vel in id quod interest, vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem praestet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri,

und sagt in dieser Beziehung:

„In der spätern Zeit verlor aber — — — die Zeitbestimmung beim Constitute überhaupt ihre alte wesentliche Bedeutung, fiel zum Theil ganz weg, — — — Dann konnte ein Anspruch auf das Interesse natürlich nur nach den Grundsätzen der eigentlichen mora begründet werden. Daß aber gerade bei dem Constitute „certam personam fidejussuram" ein bestimmter Tag der Verbürgung in der Regel kein Interesse bietet, liegt am Tage. Somit könnte Ulpian von diesem Standpunkte aus hier von einem bestimmten dies constituti ganz abgesehen und darum die eigentliche mora hereingezogen haben, ohne dadurch der Behandlung des Constituts im Falle eines eigentlichen Zahlungstages irgendwie präjudiciren zu wollen."

Diese Bruns'sche Ausführung paßt ausgezeichnet zu den Ergebnissen, zu denen wir bisher gelangt sind. So lange das Constitutum noch die Hinzufügung eines bestimmten Tages zu seiner Voraussetzung hatte, war für unsere Mahnung kein Raum. Die Mahnung stellt sich erst ein, als für das Constitut vom gedachten Erfordernis abgesehen wurde. Sie tritt hier an die Stelle des dies, und während sonst das Constitut ohne Zuthun des Gläubigers fällig wurde, wird in diesem Falle die Fälligkeit durch Mahnung herbeigeführt.

Diese Ansicht Bruns' bedarf indes noch in zweierlei Hinsicht der Ergänzung.

Bruns sagt: „Der Schuldner muß von selber zahlen, höchstens muß der Gläubiger sich, wenn zugleich ein bestimmter Ort der Zahlung ausgemacht ist, zur Annahme der Zahlung einfinden."

Was hat man unter diesem Sicheinfinden zu verstehen?

Man kann sich freilich die Sache so denken, daß der Gläubiger nur nöthig hat, sich an den dritten Ort zu begeben, und daß der Schuldner ihn dort aufsuchen muß.

Es ist aber auch die Annahme gestattet, daß der Gläubiger an dem dritten Orte den Schuldner aufzusuchen, oder sich gar in dessen Wohnung zu begeben hat.

Unter dieser Voraussetzung ist aber ein Sicheinfinden des Gläu=

bigers nichts anders als Mahnung. Denn dadurch, daß der Gläubiger erscheint, sagt er schon, daß er sein Geld haben will. Ausdrückliche Erklärung ist ja keine Voraussetzung der Mahnung.

Nun heißt es in fr. 18 pr. de const. pec.

proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit.

Pomponius sagt also allgemein, wenn der Gläubiger sich zur bestimmten Zeit nicht einstellt, so entsteht kein Interessenanspruch; mag der Behinderungsgrund sein, welcher er wolle: mögen ihn Krankheit, Gewalt oder Stürme zurückgehalten haben.

Wenn aber überall, wo der Gläubiger zu einem Sicheinfinden verpflichtet ist, ohne diese Voraussetzung kein Interessenanspruch entstehen kann, so liegt darin zugleich die Zulassung unserer Mahnung.

Die Ansicht Bruns', daß das Constitut, so lange es noch die Hinzufügung eines bestimmten Tages zu seiner Voraussetzung hatte, für unsere Mahnung keinen Raum bot, beschränkt sich also auf die Fälle, wo der Schuldner die Leistung zum Gläubiger zu bringen, oder diesen doch aufzusuchen hat. Wo dagegen der Gläubiger die Leistung vom Schuldner abholen oder diesen doch aufsuchen muß, liegt stets im Sicheinfinden des Gläubigers eine Mahnung.

Bruns meint freilich, es würde dies ja immer eine Mahnung vor dem Ablaufe der Zeit gewesen sein.

Allein es war eine Mahnung am Zieltage und deshalb unsere Mahnung.

Weiter ist zu beachten, daß die Bemerkungen Bruns' über das Verhältnis des Constitutum zu unserer Mahnung nur insoferne zutreffen, als unsere Mahnung einen Interessenanspruch erzeugt. Nun lassen sich aber die Wirkungen der Mahnung keineswegs alle auf das Interesseprincip zurückführen, z. B. nicht die Haftung für Zufall.

Es steht also an sich der Annahme nichts entgegen, daß die Mahnung, sofern sie den Schuldner für Zufall verantwortlich machte, auch beim Constitutum unterschiedslos Anwendung gefunden hätte, obwohl mir Stellen, worin diese Frage erörtert wäre, nicht bekannt sind. Dieses Schweigen der Quellen in dieser Beziehung mag sich daraus erklären, daß das Constitutum ursprünglich nur bei Geldschulden zulässig war, bei denen der Schuldner ja schon ohnehin für Zufall haftete, also von dieser Wirkung der Mahnung keine Rede sein konnte. Ferner fand die fragliche Wirkung der Mahnung ursprünglich nur bei

den Condictionen auf res certa Anwendung, und wurde erst verhältnismäßig spät auf andere Verhältnisse ausgedehnt, so daß auch das Constitutum von dieser Wirkung der Mahnung ganz verschont geblieben sein könnte.

So haben wir denn folgenden allgemeinen Satz durch verschiedene Anwendungsfälle bestätigt gefunden: bei denjenigen Obligationen, welche auf's Interesse angelegt sind, wirkt die Mahnung, sofern es sich um den Interesseanspruch handelt, nur, wenn und so weit sie die Fälligkeit herbeiführt; so weit diese Obligationen von selber fällig werden, bedarf es in dieser Beziehung einer Mahnung nicht.

Der Unterschied zwischen diesen auf's Interesse angelegten Obligationen und den Obligationen, die von Anfang auf's Interesse gehen, läßt sich kurz so ausdrücken. Bei den letzteren wird das Interesse von dem Augenblicke an berücksichtigt, wo die Obligation entsteht, bei den ersteren hingegen fällt der Zeitpunkt, wo die Obligation entsteht, mit dem Zeitpunkt, von wo an das Interesse berücksichtigt wird, nicht nothwendig zusammen.

§ 12.

Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung aufgehoben werden, beziehungsweise aufgehoben werden können.

Abgesehen von den Obligationen, die auf eine Unterlassung, so wie denjenigen, die unmittelbar auf das Interesse gerichtet sind, will Mommsen, S. 28 fgg., die Wirkungen der Mahnung auch ausgeschlossen wissen bei Obligationen auf Leistungen, welche in der Weise an eine bestimmte Zeit gebunden sind, daß sie weder früher noch später erfolgen können. Mommsen gibt zuvörderst folgendes Beispiel.

„Wenn ich z. B. ein Grundstück für die Zeit vom ersten Mai 1854 bis zum ersten Mai 1859 pachte, und dasselbe mir erst zum ersten Juli 1854 zum Behuf der Benutzung eingeräumt wird, so liegt für die Zeit vom ersten Mai bis zum ersten Juli eine vollständige Unterlassung der Erfüllung, keine bloße Verzögerung vor; die Leistung kann in Beziehung auf die bereits verflossene Zeit gar nicht mehr beschafft werden."

Zunächst ist mir hier der Unterschied zwischen einer bloßen Verzögerung, und einer vollständigen Unterlassung der Erfüllung nicht klar geworden. Denn das Wesen jeder Verzögerung besteht gerade darin,

daß es eine vollständige Unterlassung der Erfüllung ist. Und hierauf allein beruht es, daß das Recht dem Verzuge Wirkungen beigelegt hat.

Ferner ist, was Mommsen für eine Eigenthümlichkeit der in's Auge gefaßten Obligationen hält, gar keine Eigenthümlichkeit, sondern gilt gleichmäßig für alle Obligationen.

Wenn ich mir z. B. ein Landgut kaufe, das mir zum 1. Mai 1870 tradirt werden soll, in Wirklichkeit aber erst am 1. Juli 1870 tradirt wird; so liegt für die Zeit vom ersten Mai bis zum ersten Juli gerade so gut eine vollständige Unterlassung der Erfüllung vor, als wenn ich das fragliche Landgut auf eine Reihe von Jahren gepachtet hätte.

Oder wenn ich mir bei einem Stuhlmacher einen Lehnstuhl zum 1. Mai bestellt habe, ich erhalte diesen Lehnstuhl aber erst am 1. Juli; so bin ich für die Zeit vom 1. Mai bis 1. Juli lehnstuhlslos gewesen, und diese Lehnstuhlslosigkeit läßt sich für die verflossene Zeit in keiner Weise wieder rückgängig machen.

Mommsen fährt so fort:

„Das was in diesem Beispiel nur in Ansehung eines Theils der Leistung gilt, gilt in andern Fällen in Ansehung der ganzen Leistung. Wenn z. B. ein Fuhrmann sich verpflichtet hat, zu einer bestimmten Zeit mit seinem Wagen vor meiner Wohnung zu erscheinen, um mich zu einem bestimmten Bahnzuge nach einem Eisenbahnhofe zu fahren, so enthält die Versäumung dieser Zeit eine völlige Nichterfüllung der Obligation; es kann hier auch von einer spätern theilweisen Erfüllung der Obligation nicht mehr die Rede sein."

Auch das ist nicht richtig. Droschkenfahrt und Eisenbahnfahrt sind an sich fungible Leistungen. Es kommt alles auf den Zweck an, welcher erreicht werden soll.

Z. B. ein Lieutenant will mit einem Bahnzuge von Wismar nach Schwerin fahren, um Pepita auftreten zu sehen. Wenn dies dann die unwiderruflich letzte Vorstellung war, und die Droschke läßt ihn im Stich, — dann allerdings — dieser Lieutenant muß wohl auf sein Pepitavergnügen verzichten.

Aber man setze, dieser Lieutenant wollte nur nach Schwerin, um sich seine Haare schneiden zu lassen. Das ist doch am Ende eine Operation, die sich morgen ebenso gut wie heute vornehmen läßt.

Mommsen hätte sollen statt können sagen müssen. Es

handelt sich hier um Leistungen, die weder früher noch später erfolgen sollen. Wenn ich mir eine Droschke zu einem bestimmten Bahnzuge bestelle, so will ich, daß sie zu der bestimmten Zeit auch da ist. Ob ich ein Interesse daran habe, daß ich gerade mit diesem oder einem spätern Zuge fortkomme, ist ganz einerlei. Der Droschkenkutscher hätte z. B. in dem angegebenen Falle dem Lieutenant gegenüber keine Einrede dahin, daß er sich seine Haare ja morgen schneiden lassen könne. Die Absicht der Contrahenten war eben die, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit erfolgen müsse, und daß der Gläubiger nicht nöthig habe, eine spätere Leistung anzunehmen.

Es handelt sich hier also um Obligationen, wo bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Gläubiger die Leistung nicht anzunehmen braucht.

Uebrigens sind diese Obligationen nicht bloß so denkbar, daß eine bestimmte Zeit der Erfüllung verabredet wurde, die Zeit kann auch mehr unbestimmt gelassen sein.

Ich habe mir z. B. im Jahre 1860 einen Frack bei einem Schneider bestellt. Im Jahre 1870 bringt der Schneider mir diesen Frack. Habe ich nöthig, diesen Frack noch anzunehmen? Nein. Wenn auch gar keine bestimmte Zeit verabredet, auch gar keine Mahnung erfolgt ist; gesetzt ferner, mein derzeitiger Frack sei schon sehr fadenscheinig und hätte längst die Versetzung in Ruhestand verdient; gesetzt endlich, ich wäre gerade im Begriff gewesen, mir einen neuen Frack zu bestellen, und der mir dargebotene säße wie angegossen. Alles einerlei. Einen Frack, den ich im Jahre 1860 bestellt habe, brauche ich im Jahre 1870 nicht zu nehmen.

Ueberhaupt muß man davon ausgehen, daß Obligationen der hier fraglichen Art abgeschlossen werden, um erfüllt zu werden. Nun ist die Zeit, wann diese Erfüllung erfolgt, aber keineswegs eine gleichgültige Sache. Es gibt Obligationen, bei denen erwartet wird, daß die Erfüllung in einer mehr oder weniger bestimmten Zeit vor sich gehe; wo es mindestens zweifelhaft erscheint, ob eine zu späte Erfüllung überall noch angebracht ist. Deshalb hat es an sich durchaus nichts Auffallendes, daß eine Verspätung mit der Erfüllung eine Aufhebung der Obligation zur Folge haben kann[1]).

Daß zu späte Erfüllung dem Zwecke nicht mehr entspricht, der bei Eingehung der Obligation beabsichtigt wurde, kann auch bei ein=

---

[1]) Vgl. Seuffert's Archiv, Band 17, Nr. 225; Band 21, Nr. 113.

seitigen Obligationen vorkommen. Eine Hausfrau verspricht z. B. der andern, sie wolle ihr bei der beabsichtigten Gesellschaft mit ihrem Silbergeschirr wohl aushelfen. Dann muß aber die leihen wollende Hausfrau dies Silbergeschirr auch vor der Gesellschaft schicken.

Wichtiger sind indes die zweiseitigen Obligationen.

Hier kommt es auch weniger darauf an, ob bei verspäteter Erfüllung der beabsichtigte Zweck noch erreicht werden konnte, als vielmehr darauf, ob der Gläubiger sich eine verspätete Erfüllung noch gefallen zu lassen braucht. Ferner handelt es sich hier gleichzeitig darum, ob der Gläubiger von der Gegenleistung frei wird.

An sich ist die Aufhebung einer zweiseitigen Obligation selbst dann noch denkbar, wenn von einer Seite schon erfüllt worden, nur darf die unterbliebene Leistung keine Geldleistung sein.

Wenn z. B. der Lieutenant die Droschke, die ihn im Stich ließ, schon im voraus bezahlt hatte, so muß der Droschkenkutscher das Geld wieder herausgeben.

Dagegen wenn der Schneider den Frack einmal geliefert hat, darf er ihn nicht wieder zurückfordern, kann also die Obligation nicht mehr einseitig aufheben, sondern ist darauf beschränkt, Erfüllung seiner Geldforderung zu verlangen.

Der Grund dieser Verschiedenheit beruht darauf, daß Geldleistungen an sich jeder Zeit willkommen sind. Würde der Schuldner dem Schneider nur die Geldleistung anbieten, sei es auch nach zehn Jahren, er würde sie wahrlich nicht ausschlagen, sondern mit freundlichem Lächeln entgegennehmen. Was einen Schneider, der seinerseits bereits erfüllt hat, veranlassen könnte, eine Vertragsaufhebung zu versuchen, müßte immer schon Ausfluß einer Sinnesänderung sein: es wird ihm nachträglich leid, daß er die Arbeit auf Credit weggegeben hat. Einer solchen nachträglichen Sinnesänderung kann aber unmöglich irgend welche Bedeutung beigelegt werden.

Die Obligationen, um die es sich hier handelt, dürfen aber nicht, wie von Mommsen geschieht, alle über einen Kamm geschoren werden, vielmehr sind drei Classen zu unterscheiden.

Erste Classe.

Es ist ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen, daß die Obligation aufgehoben sein solle, falls sie nicht zu rechter Zeit erfüllt werde.

Ich bestelle mir z. B. bei einem Schuster ein Paar Stiefel. Es wird ausbedungen, daß die Obligation aufgehoben sein solle, falls die Stiefel nicht Sonntag Nachmittag um 4 Uhr in meinem Hause sind.

Für diese Obligationenclasse ist die Mommsen'sche Ansicht richtig. Hier ist allerdings kein Raum für unsere Mahnung. Denn der Zweck der Mahnung ist, die Erfüllung herbeizuführen. Wenn aber Nichterfüllung der Obligation zu einer bestimmten Zeit schon die Obligation aufheben soll, ist eine Mahnung nicht mehr denkbar.

Doch haben wir uns die Sache so zu denken, daß der Schuldner die Leistung beim Gläubiger vornehmen, nicht der Gläubiger sie beim Schuldner entgegennehmen soll. Denn sonst, wenn nämlich der Gläubiger sich beim Schuldner zu einer bestimmten Zeit einfinden muß, haben wir ja unsere Mahnung.

Obligationen von so ausgeprägtem Rigorismus sind übrigens verhältnismäßig selten. Weit mehr Anwendungsfälle bieten die andern beiden Classen dar.

Zweite Classe.

Es gibt Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung zwar nicht von selber aufgehoben sind, aber durch einfache Erklärung des Gläubigers aufgehoben werden können.

Eine derartige Erklärung nennt man ganz passend Kündigung.

Die Kündigung wird uns weiter unten noch ausführlicher beschäftigen müssen. Hier kommt sie nur bedingungsweise zur Anwendung, nur für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung.

Ich bestelle mir z. B. bei einem Schuster ein Paar Stiefel. Es wird ausbedungen, daß ich sie nicht zu nehmen brauche, falls sie nicht Sonntag Nachmittag um vier Uhr in meinem Hause sind.

Hier bin ich also berechtigt, den Vertrag bei nicht rechtzeitiger Erfüllung durch Kündigung aufzuheben.

Und wenn ich von dieser Kündigung Gebrauch mache, ist keine Mahnung mehr denkbar, weil es dann an der Obligation fehlt.

Wenn ich nun aber auf diese Kündigungsbefugnis verzichte, und auf Erfüllung bestehe, so ist das ja nichts anders als Mahnung.

Man kann also keineswegs sagen, daß diese Obligationen für unsere Mahnung nicht in Betracht kommen. Unsere Mahnung wird sofort anwendbar, sobald der Gläubiger von seiner Kündigungsbefugnis keinen Gebrauch macht.

Aber auch noch in anderer Weise macht sich die Mahnung bei diesen Obligationen geltend.

Nämlich überall da, wo der Gläubiger sich dies nicht entweder ausdrücklich ausbedungen hat, oder wo der dem Schuldner bekannte Zweck, dem die Obligation dienen sollte, dies nicht schon von selber ergibt: ist der Gläubiger gar nicht ohne weiteres zu einer solchen Kündigung berechtigt, vielmehr muß unsere Mahnung dieser Kündigung regelmäßig die Wege erst ebnen, die Kündigung muß mit Mahnung eventuell cumulirt werden.

Es bestellt z. B. Jemand bei einem Schneider zu einem bestimmten Polterabend einen Polterabendanzug. Wenn dieser Anzug nicht zu rechter Zeit geliefert wird, braucht der Gläubiger ihn allerdings nicht mehr zu nehmen.

Wenn dagegen sich Jemand einen einfachen Rock beim Schneider zu einem bestimmten Tage bestellt, und der Schneider ihn nicht zur bestimmten Zeit liefert, so kann der Gläubiger um deswillen noch nicht den Vertrag kündigen [2]). Er ist vielmehr nur zu einer mit Mahnung und Fristbewilligung verbundenen eventuellen Kündigung berechtigt. Er kann also zum Schneider sagen: wenn jetzt der Rock binnen drei Tagen nicht fertig sei, möge er ihn nur behalten.

In dieser Beziehung gilt also auch nicht ohne weiteres die Rechtsregel dies interpellat pro homine. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung durch Kündigung aufgehoben werden, ein unnatürliches Ende finden. Deshalb scheint es angemessen, daß der Gläubiger, ehe er zur Kündigung schreitet, erst noch einmal versucht, die Erfüllung zu erreichen.

Wenn aber in dieser Hinsicht nicht einmal ohne weiteres die Rechtsregel dies interpellat pro homine gilt, scheint es noch weniger zulässig, diese Kündigungsbefugnis dem Gläubiger da ohne weiteres einzuräumen, wo die Erfüllungszeit mehr unbestimmt gelassen. Auch hier ist demnach der Gläubiger nur zu einer mit Mahnung und Fristbewilligung verbundenen eventuellen Kündigung berechtigt.

Also wenn Jemand sich einen einfachen Rock beim Schneider bestellt, ohne daß eine bestimmte Erfüllungszeit verabredet ist, und er hat bereits eine ziemliche Zeit gewartet: kann er einerseits zwar nicht sofort den Vertrag aufheben, ist aber andererseits auch zur Vornahme einer eventuellen Kündigung berechtigt.

---

[2]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 11, Nr. 141 i. A.

Freilich hat alles wieder seine Grenzen. Denn wenn z. B. der Schneider den Besteller zehn Jahre warten läßt, so ist dieser zu einer sofortigen Kündigung ohne Mahnung und Fristbewilligung befugt.

Das Handelsgesetzbuch beschäftigt sich mit dieser Obligationenclasse bei Gelegenheit des Kaufes.

Es heißt in Art. 354:

„Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl — — — — ob er von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre."

Und in Art. 355 ist gesagt:

„Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er — — — von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre."

Also der Verkäufer darf nur unter der Voraussetzung kündigen, wenn die Waare noch nicht übergeben ist. Wäre diese Uebergabe bereits erfolgt, so hört seine Kündigungsbefugnis auf: er ist dann darauf beschränkt, den Kaufpreis nebst Zinsen u. s. w. einzufordern [3]).

Dagegen der Käufer kann kündigen, wenn der Verkäufer die Waare nicht rechtzeitig liefert, einerlei, ob er schon bezahlt hatte oder nicht [4]). Und war die Zahlung schon erfolgt, so erhält er sein Geld wieder.

Art. 356 lautet dann, so weit er uns hier angeht:

„Will ein Contrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung — — — — von dem Vertrage abgehen, so muß er dies dem andern Contrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren."

Die Anzeige, von der hier die Rede, ist nichts anders, als was ich Kündigung genannt habe. Und das Gewähren einer Frist zur Nachholung des Versäumten ist nichts anders als unsere Mahnung mit Fristbewilligung, die hier der eventuellen Kündigung die Wege ebnet.

Auf eine solche Frist soll der Schuldner Anspruch haben, wenn die Natur des Geschäftes dies zuläßt.

---

[3]) Vgl. Wolff im Centralorgan für das Deutsche Handels- u. Wechselrecht, Neue Folge, Band I., S. 203.

[4]) Vgl. v. Hahn Commentar, Band II., S. 273.

Im übrigen müssen wir uns mit dieser Frist noch etwas näher beschäftigen.

Dem Wortsinne dieses Artikels zufolge kann es vorkommen, daß der Schuldner häufig auf zwei Fristen Anspruch hat: nämlich überall da, wo die nachtheiligen Wirkungen der Mahnung nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Frist eintreten. Diese zwei Fristen wird man dem Schuldner auch jedenfalls einräumen müssen, wenn mit der ersten Fristbewilligung nicht sofort die eventuelle Kündigung verbunden war.

Denken wir uns einen Fall, wo die Herbeischaffung der Waaren eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, und keine bestimmte Erfüllungszeit verabredet war. Wenn jetzt der Käufer mahnt, so wird er dem Verkäufer eine angemessene Frist zum Zwecke der Erfüllung einräumen müssen. Und hat der Käufer es hierbei das Bewenden sein lassen, so kann er nach Ablauf dieser Frist nicht sofort die Obligation aufheben; sondern ist hierzu nur berechtigt, wenn auch eine zweite zur Nachholung des Versäumten gewährte mit eventueller Kündigung verbundene Frist fruchtlos ablaufen würde.

Warum sollte aber die eventuelle Kündigung nicht sofort mit der ersten Fristbewilligung verbunden werden können? Ein innerer Grund, der dies ausschlösse, ist durchaus nicht vorhanden.

Eine vermittelnde Stellung nimmt eine Entscheidung des Lübecker Oberappellationsgerichtes [5]) ein.

Hier heißt es:

„Der durch Nichterfüllung verletzte Käufer kann zwar, wenn er Erfüllung nicht weiter will, nicht sofort auf Schadenersatz oder Rescission klagen, aber er kann dazu gelangen, wenn er dem Verkäufer Anzeige von dieser seiner Intention macht und dabei, d. h. bei dieser Anzeige, dem Letztern, der seinerseits die Erfüllung vorzieht und dies dem Erstern kundgibt, eine Frist einräumt."

„Hat er bei Empfang der Anzeige gar nichts über eine Frist für die Nachholung der Leistung geäußert, so ist der Käufer nunmehr zur Klage berechtigt."

Darnach hat also der Gläubiger diese Frist nur einzuräumen, wenn der Schuldner darum nachsucht.

Ich wüßte nicht, was hiermit gewonnen wäre: mir will es vorkommen, als ob dadurch die Singularität nur noch singulärer würde.

---

[5]) Seuffert's Archiv, Band 22, Nr. 67, S. 100—102.

Jedenfalls ist die Begründung aus den Worten des Gesetzes, wie sie vom Lübecker Oberappellationsgericht versucht worden, gewaltig schwach. Dasselbe sagt in dieser Beziehung:

„Es spricht namentlich dafür das Wort „gewähren", welches so viel bedeutet als „bewilligen", folglich voraussetzt, daß der Schuldner seinerseits eine Frist erbeten hat, und weiset das Wort „dabei" darauf hin, es solle dem Schuldner eine Frist gewährt werden, wenn er bei Gelegenheit der Anzeige („dabei") darum nachsuche."

Allein der Ausdruck „gewähren" setzt keineswegs nothwendig voraus, daß derjenige, dem etwas gewährt wird, hierum nachgesucht hat. So sagt man z. B.: „Fürsten gewähren Gnadenbezeugungen", ohne daß darin nothwendig liegt, dieselben seien erbeten. Ferner bezieht sich das Wörtchen „dabei" in unserm Artikel offenbar auf „anzeigen", und bedeutet so viel als „bei der Anzeige". Anzeigen ist aber eine Thätigkeit des Gläubigers. Es ist sehr gezwungen, wenn dies „bei der Anzeige" umgewandelt wird in „bei Gelegenheit der Anzeige", und völlig unzulässig, daß außerdem noch „wenn der Schuldner darum nachsuche" erklärend hinzugesetzt wird.

In einer Entscheidung des Berliner Obertribunals [6]) ist folgender Satz aufgestellt: es könne nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, auch demjenigen Käufer, welchem die Uebergabe der Waare bereits ausdrücklich verweigert worden ist, die nochmalige Aufforderung des Verkäufers zur Uebergabe innerhalb einer anderweiten Frist zur Pflicht zu machen. Dem wird man zustimmen müssen, denn in einer solchen ausdrücklichen Erklärung liegt ein Verzicht auf die Mahnung [7]).

Dritte Classe.

Es gibt Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung zwar nicht von selber aufgehoben sind, aber vom Gläubiger aufgehoben werden können, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

Ich habe mir z. B. zu sieben Uhr Morgens eine Bahnhofsdroschke bestellt. Als ich bis fünf Minuten nach sieben Uhr vergebens gewartet habe, nehme ich eine andere Droschke, die gerade vorbeifährt. Ich hebe also den Vertrag ohne Kündigung auf, wozu ich durchaus berechtigt bin.

---

[6]) Seuffert's Archiv, Band 20, Nr. 166.

[7]) Vgl. unten § 61.

Ich habe aber nicht nöthig, den Vertrag auf diese Weise aufzuheben: ich kann auch zum Droschkenkutscher schicken, daß er sich spute, also ihn mahnen.

Und wenn der Droschkenkutscher für den Zug, zu welchem er bestellt war, zu spät kommt, kann ich verlangen, daß er sich für den nächsten Zug rechtzeitig einstelle.

Hierher gehören auch die fixen Zeit- oder Lieferungsgeschäfte[8]), von denen Art. 357 des H. G. B spricht.

Bei diesen Geschäften muß „derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem andern Contrahenten anzeigen, unterläßt er dies, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen".

Auch von diesen Obligationen läßt sich keineswegs behaupten, daß sie für unsere Mahnung keinen Raum bieten. Denn so wie der Gläubiger auf der Erfüllung besteht, haben wir ja unsere Mahnung.

Anlangend die Rechtsregel dies interpellat pro homine, so bieten diese Obligationen ebenso wie die der zweiten Classe eine Eigenthümlichkeit dar. Die fragliche Rechtsregel kommt hier nicht voll zur Anwendung. Denn auf Grund dieser Rechtsregel ist der Gläubiger hier nur befugt, von dem Vertrage abzugehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Verlangt der Gläubiger dagegen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, so muß er mahnen.

Uebrigens wäre es gar keine leichte Arbeit, eine genaue Grenzlinie zwischen den Obligationen der zweiten und dritten Classe zu ziehen. Darauf kann ich mich indessen hier nicht einlassen. Mir kam es nur darauf an, das Verhältnis der Mahnung zu diesen Obligationen in's rechte Licht zu setzen. In dieser Beziehung ergab sich folgendes.

Bei den Obligationen der ersten Classe kann von unserer Mahnung keine Rede sein.

Bei den Obligationen der zweiten Classe kommt unsere Mahnung in doppelter Weise in Betracht: einmal sofern der Gläubiger von der

---

[8]) Vgl. über diesen Begriff Scheffer und Groß Repertorium zu dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, S. 390—392. Brauer in Busch', Archiv für Theorie und Praxis des A. D. Handelsrechts, Bd. 18, S. 315—27. Auerbach, das neue Handelsgesetz, 1865, zweite Abtheilung, S. 9, 84 fgg. und v. Hahn, Commentar, Band II., S. 278, 282. Seuffert's Archiv, Band 23, Nr. 201, 250.

Kündigung keinen Gebrauch macht, sodann sofern sie die Kündigung vorbereitet.

Bei den Obligationen der dritten Classe ist es Mahnung, wenn der Gläubiger auf der Erfüllung besteht.

Ueber das Verhältnis dieser Obligationen zum Interessebegriff findet sich bei Mommsen, S. 28, folgende Aeußerung:

„In den erwähnten Fällen ist die Frage, ob das Interesse zu leisten sei, allein nach den für die Culpa im Allgemeinen geltenden Regeln — — zu beantworten. Von einer Anwendung der für die Mora geltenden Grundsätze kann hier nicht die Rede sein."

Allein bei den Obligationen der ersten Classe kann von einem Interesseanspruch, sofern dies nicht besonders ausbedungen, überall keine Rede sein. Im übrigen haben wir zu unterscheiden zwischen Interesse wegen verspäteter Erfüllung und Interesse wegen Nichterfüllung.

Wir sahen, daß bei den Obligationen der zweiten und dritten Classe der Gläubiger auf Erfüllung bestehen kann. Sofern er von diesem Rechte Gebrauch macht, sofern er also mahnt, kann auch die Mahnung einen Interesseanspruch wegen verspäteter Erfüllung erzeugen.

Was dagegen den Interesseanspruch wegen Nichterfüllung anbetrifft, so entsteht derselbe bei den Obligationen der dritten Classe, so weit das Recht ihn überall zuläßt, schon ohne Zuthun des Gläubigers. Hier kann also von einer Wirkung der Mahnung keine Rede sein, und hier kann auch die Contractsculpa bedeutend werden.

So ist es z. B. für die Befugnis des Gläubigers, den Vertrag aufzuheben, ganz einerlei, weshalb der Droschkenkutscher nicht zu rechter Zeit kommt, ob es auf Verschuldung beruht, oder ob ihm ein Unglück zugestoßen, ob er es z. B. vergessen hat, oder ob ihm die Pferde durchgegangen sind. Will dagegen der Gläubiger weitergehende Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen, so kommt die culpa allerdings in Frage [9]).

Dies gilt indes keineswegs von allen Obligationen dieser Classe. Z. B. bei den Obligationen, auf welche sich Art. 357 des H. G. B. bezieht, kann ein Interesseanspruch wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden, ohne daß derselbe auf Seiten des Schuldners eine Verschuldung zur Voraussetzung zu haben braucht [10]).

---

[9]) Vgl. fr. 15, § 6, Locati 19, 2 und dazu Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung, S. 383.

[10]) Vgl. Endemann, das Deutsche Handelsrecht, § 113, III. A., S. 556.

Anders stehen in Bezug auf den Interesseanspruch wegen Nichterfüllung die Obligationen der zweiten Classe da.

Wir sahen, wie bei diesen für die Kündigungsbefugnis des Gläubigers die Mahnung nothwendig werden konnte, insofern sie die Kündigung gleichsam vorbereiten mußte. Das nämliche Verhältnis findet auch statt zwischen der Mahnung und diesem Anspruch auf Interesse wegen Nichterfüllung. Denn heißt es Art. 356 des H. G. B.:

„Will ein Contrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern — — — —, so muß er dies dem andern Contrahenten anzeigen und ihm — — — — Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren."

Vgl. auch Art. 354 Worte:

„oder ob er statt der Erfüllung die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadenersatz fordern."

In Art. 343 ist nämlich eine „vorgängige Androhung" vorgeschrieben.

Das Verhältnis dieses Interesseanspruchs wegen Nichterfüllung zu der dem Gläubiger zustehenden Aufhebungsbefugnis hat man sich übrigens keineswegs so zu denken, als ob der Interesseanspruch stets ein Mehr enthielte. Dies kann allerdings der Fall sein. Es ist aber auch möglich, daß die Aufhebungsbefugnis das Interesse des Gläubigers vollständig deckt, ja daß er sogar noch etwas über hat.

Man denke sich z. B., daß jemand Papiere zum Course von 120 kauft, die der Verkäufer nach drei Monaten liefern soll. In Folge des Telegramms „Er ist sehr schofel" fallen diese Papiere derartig, daß sie am Zieltage für 110 zu haben sind. Wenn jetzt der Verkäufer nicht erfüllt, und der Käufer in Folge dessen den Vertrag aufhebt, verdient er reine zehn Procent.

Welche Stellung nimmt die Rechtsregel dies interpellat pro homine diesen Interesseansprüchen gegenüber ein?

Wir sahen bei den Obligationen der dritten Classe, daß der Gläubiger mahnen muß, wenn er Erfüllung verlangt. Einen Interesseanspruch wegen verzögerter Erfüllung vermag also die Rechtsregel ihm nicht zu verschaffen. Indes ist es möglich, daß sie ihm einen Interesseanspruch wegen Nichterfüllung gewährt.

Dagegen ist umgekehrt bei den Obligationen der zweiten Classe

die fragliche Rechtsregel regelmäßig nicht im Stande, einen Interesseanspruch wegen Nichterfüllung hervorzubringen, wohl aber besitzt sie diese Fähigkeit anlangend den Interesseanspruch wegen verspäteter Erfüllung.

Mommsen, S. 29, zieht hier noch diejenigen Fälle herbei, in welchen der Schuldner sich verpflichtet hat, dem Gläubiger eine individuell bestimmte Sache zu liefern, welche ihrer innern Beschaffenheit wegen eine längere Aufbewahrung nicht zuläßt. Allein hier handelt es sich um Leistungen, die objectiv unmöglich werden, während wir es mit an sich möglichen Leistungen zu thun haben, die nur zu spät erfolgen.

Regelsberger in einer Abhandlung „Ueber das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung“ [11]) unterzieht zwei Fälle einer nähern Betrachtung, von denen indes der erstere gar nicht hierher gehört, weil es sich dort nur um die Frage handelt, ob ein Gläubiger sich ein aliud pro alio aufdringen zu lassen brauche. Der zweite Fall lautet so:

A in Liverpool hat durch seinen Correspondenten in Bombay 200 Ballen Baumwolle new fair Saw ginned kaufen lassen, welche ihm mit dem Schiff Chludow, Abgang Monat December, übersandt werden sollen. Ehe noch die Waare an Bord gebracht ist, verkauft A von dieser Quantität an B 150 Ballen mit dem Beifügen „par Chludow départ Décembre“. Nach der gewöhnlichen Ueberfahrtszeit durfte die Waare Ende März, längstens April in Liverpool erwartet werden. Durch Zufall verzögert sich die Abfahrt des Chludow bis Februar. Die Waare gelangt daher zur vertragsmäßigen Erfüllungszeit nicht zur Verfügung des Käufers. Noch vor Ablauf der Frist setzt A seinen Käufer hiervon in Kenntnis, erbietet sich aber, auf dessen Verlangen sofort 150 Ballen new fair Saw ginned von ganz gleich guter Qualität zu liefern, welche nur in andern Fahrzeugen nach Liverpool kam. Wegen des mittlerweile eingetretenen Preisabschlags weist Käufer dieses Anerbieten zurück und erklärt seinen Rücktritt vom Vertrag wegen Verzögerung in der Erfüllung.

Auch in diesem Falle kümmert uns das Anerbieten des Verkäufers, ein aliud pro alio zu liefern, hier nicht. Der Fall hat für uns nur insofern Interesse, als es sich darum handelt, ob der

[11]) Archiv für die civilistische Praxis, Band 50, S. 27 fgg.

Käufer vom Vertrage zurücktreten kann, weil das Schiff Chlubow statt im December erst im Monat Februar abfährt. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, in welchem Sinne wir den Vertrag auszulegen haben, ob in dem, daß die Abfahrt des Schiffes im Monat December, weder früher noch später, erfolgen sollte, oder im entgegengesetzten Sinne. Und da scheint es mir nun kaum zweifelhaft zu sein, daß ein Kaufmann, der sich Waare bestellt, welche im December verschifft werden soll, auch will, daß die Verschiffung gerade im Monat December erfolge; daß mithin ein solcher Kaufmann sich keine Waare aufdringen zu lassen brauche, welche erst drei Monate später abgesandt wird.

Weiter gedenkt Mommsen[12]) noch der auf Bestellung einer Personalservitut gerichteten Obligation. Ob sich nun gerade bei diesen die Frage, in wie fern dem Gläubiger wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung Aufhebungsbefugnis zustehe, häufig geltend machen wird, möchte ich dahin gestellt sein lassen. Mommsen führt hier drei Stellen an:

fr. 36, § 2, de usufr. 7, 1.

fr. 37 eodem.

fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

Die erste und letzte Stelle sprechen von einem Legat, also einer einseitigen Obligation. Die mittlere Stelle handelt von einer Stipulation, und hier ist mindestens nicht ersichtlich, ob man sich dieselbe zu einer zweiseitigen Obligation in Beziehung zu denken hat.

Nun haben wir aber schon gesehen, daß es mit dieser Aufhebungsbefugnis des Gläubigers bei einseitigen Obligationen viel weniger auf sich hat, als bei zweiseitigen Obligationen.

Denn hier fehlt es an der Gegenleistung, die der Gläubiger zurückbehalten, bezw. zurückfordern kann.

Allerdings ist z. B. bei einem Vermächtnisse eine Aufhebung insoferne denkbar, daß der Gläubiger das Vermächtnis zurückweist. Allein das ist nur nicht unsere Aufhebung. Denn diese brächte ja dem Schuldner Vortheil, während unsere Aufhebungsbefugnis dem Gläubiger nützen soll.

Eine Aufhebungsbefugnis bei einseitigen Obligationen hätte nur unter der Voraussetzung Sinn, daß es dem Gläubiger gleichzeitig gestattet wäre, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

---

[12]) a. a. O. S. 29, Anm. 7.

Nun glaube ich aber, daß man diese Befugnis dem Gläubiger bei einseitigen Obligationen nur so weit einräumen kann, als die Leistung entweder nicht mehr möglich oder doch dem beabsichtigten Zwecke nicht mehr entspricht. So weit also die Leistung noch möglich und dem beabsichtigten Zwecke noch entspricht, ist ein solcher Gläubiger nur befugt, die noch mögliche Leistung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern.

Stellen wir einmal folgende zwei Fälle einander gegenüber.

A hat dem B ein Landgut von Johannis 1870 an auf 14 Jahre verpachtet. Wenn A diesen Vertrag nicht rechtzeitig erfüllt, so ist B befugt, sich nach einer anderweitigen Pachtung umzusehen. B kann also den Vertrag aufheben und hat eventuell einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Wenn nun aber statt dessen dem A in einem Testamente die Verpflichtung auferlegt wäre, dem B von Johannis 1870 an an dem Landgute einen 14jährigen oder lebenslänglichen Nießbrauch einzuräumen, und A diese Nießbrauchsbestellung nicht rechtzeitig vornehme: kann B dann auch auf Kosten des A sich nach einer anderweitigen Pachtung umsehen? Ich glaube nicht: bin vielmehr der Ansicht, daß B hier nur Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern berechtigt ist.

Wenigstens die von Mommsen angeführten Stellen ständen dieser Ansicht keineswegs entgegen.

In fr. 36, § 2, de usufr. werden die beiden Fälle behandelt: wo der Gegenstand, an welchem der Nießbrauch bestellt werden sollte, nach der Mahnung und vor der Bestellung untergegangen war; und weiter der Fall, wo der Vermächtnisnehmer nach der Mahnung und vor der Bestellung gestorben war.

In beiden Fällen wird ein Interesseanspruch gewährt: der Endpunkt für die Ermittelung dieses Interesse soll in einem Falle der Untergang der Sache, im andern Falle der Tod des Vermächtnisnehmers sein.

Es wird hier also ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zugestanden. Dieser Anspruch läuft aber unserer Ansicht auch keineswegs zuwider, da es sich um eine Leistung handelt, deren Vornahme nicht mehr möglich war.

Dieselbe Bewandtnis hat es mit fr. 6 de usu et usufr.

Hier ist dem Vermächtnisnehmer der Nießbrauch für zwei be=

stimmte Jahre vermacht; die beiden Jahre verfließen, ohne daß es zu einer Nießbrauchsbestellung gekommen wäre.

Auch hier soll der Belastete das Interesse ersetzen. Er käme nicht frei damit, wenn er den Nießbrauch für zwei künftige Jahre bestellen wollte. Und ebensowenig kann der Nießbrauch für zwei künftige Jahre gefordert werden. Denn die Einräumung einer zweijährigen Nutzungsmöglichkeit an einer Sache ist keine fungible Leistung. Ein Landgut bringt in einem Jahre vielleicht 10,000 ein, in einem andern nur 5000. Und hierauf ist ausdrücklich die Entscheidung gestellt. Pomponius sagt nämlich: ut peti quidem jam ususfructus qui legatus sit non possit, quia alius futurus sit quam qui legatus fuerit, sed aestimatio ejus bima dumtaxat facienda sit.

Endlich in fr. 37 de usufructu ist von einem Falle die Rede, wo ein Nießbrauch für zehn Jahre versprochen worden, aber schon fünf Jahre abgelaufen sind, ohne daß es zu einer Bestellung gekommen wäre. Hier, sagt African, sei wegen der verflossenen fünf Jahre eine Klage zulässig. Also wegen der noch fehlenden fünf Jahre kann der Schuldner sich durch Bestellung der Servitut befreien. Der Gläubiger ist also nur berechtigt, Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern.

Alle drei Stellen beziehen sich übrigens auf unsere Mahnung. Mit Unrecht bezweifelt dies Mommsen sowohl für diese Stellen wie für fr. 2 de ann. leg. 33, 1 und fr. 44 de op. lib. 38, 1.

In Bezug auf d. fr. 44 sagt Mommsen, S. 30, 31, Anm. 8: „welche letztere Stelle sich gleichfalls auf eine Leistung der erwähnten Art bezieht, weil die Dienste der Freigelassenen, wenn auch von Anfang an keine bestimmten Tage festgesetzt waren, doch durch die indictio von Seiten des Patrons in die angegebene Verbindung mit einer bestimmten Zeit, nämlich dem Tage, zu welchem sie angesagt waren, traten."

Allein indictio von Seiten eines Patrons ist nichts anders als: Aufforderung desselben, die geschuldete Leistung anzubieten, mithin Mahnung. Schon von diesem Gesichtspunkte aus erscheint die Mommsen'sche Bemerkung unzutreffend.

Schließlich macht Mommsen[13]) noch auf folgenden Punkt aufmerksam. Wenn auch eine Leistung in der erwähnten Weise an eine

---

[13]) a. a. O. S. 31, 32.

bestimmte Zeit gebunden, so sei darum doch die Berücksichtigung eines spätern Anerbietens der Leistung nicht unter allen Umständen ausgeschlossen. Vielmehr werde dieses Anerbieten berücksichtigt, wenn der Zeitraum, welcher abgelaufen, ein so unbedeutender sei, daß der Zweck, welchen der Gläubiger durch die Leistung erreichen wollte, noch vollständig erreicht werden könne, und wenn auch sonst noch res integra, so daß durch die Verspätung kein Schaden für den Gläubiger eingetreten sei. So werde der Gläubiger, der zu acht Uhr Morgens einen Wagen bestellt habe, um zu einem bestimmten Bahnzuge nach dem Bahnhofe befördert zu werden, die Leistung nicht zurückweisen können, wenn der Fuhrmann wenige Minuten nach der festgesetzten Stunde, aber so früh noch sich einstelle, daß der Zweck der Beförderung vollständig erreicht werden könne, es wäre denn, daß der Besteller bereits andere Anstalten getroffen hätte [14]).

Es kommt eben alles auf Auslegung des Vertrages an, zu welchem Zwecke die Zeitverabredung getroffen worden. Und überhaupt wird es mit den Zeitbestimmungen im Geschäftsleben nicht so haarscharf genommen, wie etwa der Astronom sie handhabt.

§ 13.

Dies interpellat pro homine.

Die Praxis hat den Satz geschaffen: Dies interpellat pro homine [1]).

Der Satz ist angewandt:

vom Oberappellationsgericht zu Dresden [2]),
vom Oberappellationsgericht zu Wiesbaden [3]),
vom Oberappellationsgericht zu Cassel [4]),
vom Oberappellationsgericht zu Celle [5]),
vom Oberappellationsgericht zu Wolffenbüttel [6]).

---

[14]) Vgl. fr. 24, § 4, Loc. 19, 2. fr. 135, § 2, V. O. 45, 1.

[1]) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 101 fgg. v. Vangerow, Pandekten, § 588, Anm. 2. Windscheid, Pandekten, § 278, Anm. 5.

[2]) Seuffert's Archiv I., 332.

[3]) Seuffert's Archiv VI., 163.

[4]) Seuffert's Archiv X., 144.

[5]) Seuffert's Archiv X., 144.

[6]) Seuffert's Archiv XI., 140.

In Mecklenburg hat diese Praxis sogar gesetzliche Anerkennung gefunden. In Mecklenburg-Schwerin durch die Verordnung vom 7. März 1834 und in Mecklenburg-Strelitz durch die Verordnung vom 21. März 1834.

Beide Verordnungen sind im wesentlichen gleich, die Mecklenburg-Schwerin'sche lautet so[7]):

„Es ist zu Unserer Kenntniß gekommen, daß einige Gerichte Unsers Großherzogthums die durch eine allgemeine Praxis festgehaltene Rechtsregel über den Eintritt der mora zu verlassen anfangen und durch neuerdings dagegen erhobene theoretische Bedenken bewogen worden sind, eine entgegenstehende Theorie ihren desfallsigen Entscheidungen zum Grunde zu legen.

Um die großen Gefahren zu entfernen, welche für die Verhältnisse des Lebens und des Verkehrs daraus entstehen müssen, wenn der in dieser Beziehung bisher gewisse Rechtszustand ein völlig unsicherer werden würde, verordnen Wir, nach vernommenem rathsamen Bedenken Unserer getreuen Stände, daß von der in Mecklenburg durch einen unvordenklichen und beständigen Gerichtsgebrauch sanctionirten Regel:

„„daß bei einer, zu einem bestimmten Zeitpunkte versprochenen, aber nicht erfüllten Leistung, mit dem Ablaufe des festgesetzten Termins, auch ohne Interpellation, alle Wirkungen und Folgen der mora eintreten""

niemals abgewichen werden soll; und gebieten demnach allen Gerichten Unsers Großherzogthums hiedurch gnädigst und ernstlich, sich nach dieser Unserer landesherrlichen Verordnung auf das genaueste zu richten."

Zunächst will ich auf einen äußern Unterschied zwischen dieser Mecklenburgischen Verordnung und unserer Rechtsregel aufmerksam machen. Die Mecklenburgische Verordnung spricht von Wirkungen und Folgen der mora, nimmt also den dies als Entstehungsgrund der mora. Unsere Rechtsregel hingegen geht von der Interpellation aus, faßt die Wirkungen der Interpellation in's Auge und sagt, daß diese Wirkungen beim dies von selber einträten. Insoweit ist also die Mahnung wirkungslos; wo der dies wirkt, bedarf es der Mahnung

[7]) Die etwas anders lautende Strelitz'sche Verordnung findet sich z. B. abgedruckt bei v. Dewitz, Mecklenburg-Strelitz'sche Gesetze, Friedland 1840, S. 234, 235.

nicht mehr; dies Gebiet fällt demnach für die Mahnung weg. Wir sehen: die mehrerwähnte Rechtsregel steht ganz auf unserm Standpunkt.

Aber nicht bloß in formeller, auch in inhaltlicher Beziehung stellt sich diese Rechtsregel als ein glücklicher Griff der Praxis dar. Wir haben uns in dieser Beziehung jetzt näher mit derselben zu beschäftigen.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers, die Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten.

Der Sinn der fraglichen Rechtsregel ist nun der, daß es einer derartigen Aufforderung nicht bedürfen soll, wo ein Erfüllungstag verabredet worden. Der Schuldner muß hier erfüllen, ohne Aufforderung des Gläubigers abzuwarten.

Von Anwendung unserer Rechtsregel kann demnach zunächst da keine Rede sein, wo der dies gar nicht zum Zwecke der Erfüllung hinzugefügt ist, wo vielmehr der dies als Aufhebungsgrund der Obligation erscheint. Es hat z. B. Jemand auf neun Monate eine Amme gemiethet. Hier soll der dies nicht statt des homo das interpellare besorgen, vielmehr soll mit Ablauf der Frist das Ammenverhältnis aufhören.

Und weil der Sinn unserer Rechtsregel der ist, daß der Schuldner keine Aufforderung des Gläubigers abzuwarten habe, so fällt sie ferner da weg, wo sich aus dem Inhalte der Obligation ergibt, daß der Gläubiger zu einer derartigen Aufforderung verpflichtet ist.

Dies ist der Gläubiger aber in allen Fällen, wo nicht der Schuldner die geschuldete Sache dem Gläubiger zu bringen oder doch sich zur Vornahme der Leistung bei dem Gläubiger einzustellen, sondern umgekehrt der Gläubiger sich zum Schuldner zu begeben hat[8]). Daher kann z. B. bei Ordrepapieren, die dem Schuldner zur Zahlung präsentirt werden müssen, von Anwendung unserer Regel keine Rede sein[9]).

Wie nun aber, wenn die Leistung weder in der Wohnung des Schuldners, noch des Gläubigers, sondern an einem dritten Orte, z. B. an der Börse, zu beschaffen ist?

Hier hat man nach Mommsen, S. 110, ebenfalls darauf zu sehen, ob sich der Gläubiger beim Schuldner zu melden hat, oder ob der Schuldner nach dem Inhalt der Obligation verpflichtet ist, sich beim Gläubiger einzustellen.

---

[8]) Mommsen a. a. O. S. 109.

[9]) Buchka und Budde, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock, Bd. I., S. 61.

Bleibt dann der Schuldner aus, so greift im zweiten Falle unsere Rechtsregel Platz, während es im erstern Falle wegen Abwesendheit des Schuldners nicht zur Mahnung kommen kann. Hier hat indes die versuchte Mahnung gleiche Wirkung mit der wirklich vorgenommenen, wie wir unten [10]) sehen werden.

Zu berücksichtigen ist jetzt noch der Fall, wenn sich aus dem Inhalte der Obligation nicht ergibt, ob sich der Schuldner an dem dritten Orte beim Gläubiger, oder der Gläubiger sich beim Schuldner einfinden soll.

Hier ist meines Erachtens sowohl der Gläubiger verpflichtet, sich zum Schuldner, als der Schuldner verpflichtet, sich zum Gläubiger zu begeben.

Bleibt nun der Schuldner aus, so kann der Gläubiger seine Bereitwilligkeit zur Entgegennahme der Leistung nicht erklären, m. a. W. er kann nicht mahnen. Es liegt also ein Fall vor, wo es wegen Abwesendheit des Schuldners nicht zur Mahnung kam.

In allen diesen Fällen ist übrigens erforderlich, daß der Gläubiger sich an den dritten Ort begibt. Denn wenn beide nicht erscheinen, so kann sich der Gläubiger unmöglich auf das Ausbleiben des Schuldners berufen wollen, da wegen seines eignen Ausbleibens die Leistung doch nicht hätte beschafft werden können.

Mommsen, S. 117, bemerkt ferner mit Recht, daß sich die Feststellung des dies auf die Leistung des Schuldners beziehen müsse. Wenn ausgemacht sei, daß der Gläubiger bis zu einem gewissen Tage den Gegenstand der Obligation entgegennehmen solle, so könne natürlich von einer mit Ablauf des Tages eintretenden Mora des Schuldners nicht die Rede sein.

Diesen Satz müssen wir uns indes noch etwas näher ansehen, weil die dahin gehörenden Fälle nicht auf gleicher Stufe stehen.

Denken wir uns einmal einen Kaufmann, der eine Kohlenladung bekommen, und binnen acht Tagen das Schiff zu räumen hat. Dieser Kaufmann ist verpflichtet, bis zu einem gewissen Tage den Gegenstand der Obligation entgegen zu nehmen. Und da er selber die Kohlen vom Schiffe fortfahren lassen, nicht der Schiffer sie auf seinen Speicher bringen muß, so können mit Ablauf des Tages für den Schiffer keinerlei nachtheilige Wirkungen eintreten.

---

[10]) Vgl unten § 61.

Etwas anders stellt sich indes die Sache, wenn der Schiffer verpflichtet wäre, die Kohlen auf den Speicher des Kaufmannes zu schaffen. Hier hat die achttägige Frist folgenden Sinn. Der Kaufmann kann sich von den acht Tagen diejenigen aussuchen, welche ihm am bequemsten liegen, und muß dem Schiffer erklären, an welchen Tagen er bereit sei, die Ladung entgegenzunehmen. Mit andern Worten: der Kaufmann muß in diesem Falle mahnen; er ist aber in dieser Hinsicht zeitlich beschränkt, er muß die Mahnung so rechtzeitig vornehmen, daß die Löschung des Schiffes binnen der achttägigen Frist möglich ist; sonst ist der Schuldner zur Oblation berechtigt.

Weiter denke man sich folgenden Fall. Der Schiffer ist verpflichtet, die Kohlen an bestimmten Tagen auf den Speicher des Kaufmannes zu schaffen, falls er sie nicht länger in seinem Schiffe haben will. Wenn hier der Schiffer die bestimmte Frist nicht einhält, können ihn unmöglich Nachtheile treffen; denn in der Regel wird es der Kaufmann sehr gerne sehen, wenn er das Schiff, so lange wie möglich, als Speicherraum benutzen kann. Im vorliegenden Falle hängt es sogar so ziemlich vom Ermessen des Schiffers ab, wann er die Kohlen auf den Speicher des Kaufmannes schaffen will. Wäre daher einmal ausnahmsweise dem Kaufmann darum zu thun, die Kohlen an den bestimmten Tagen zu haben, so würde ihm, wenn der Schiffer sich nicht willfährig erzeigte, nichts anderes übrig bleiben, als das Schiff auf eigne Kosten zu löschen.

Windscheid stellt folgenden Satz auf:

„Mahnung ist nicht erforderlich, wenn bei der Begründung des Forderungsrechtes eine Zeitbestimmung in dem Sinne hinzugefügt worden ist, daß der Schuldner zu dieser Zeit leisten müsse, nicht in dem Sinne, daß der Gläubiger vor dieser Zeit nicht fordern dürfe."

Der Satz selber ist richtig, obwohl die von Windscheid angeführten Beispiele gar nicht hierher gehören.

So will Windscheid, Pandekten § 278, Nr. 1, S. 77 fgg., von diesem Gesichtspunkte aus unsere Rechtsregel da nicht eintreten lassen, wo beim Miethsvertrage über die Fristen, in denen der Miethzins gezahlt werden soll, eine Vereinbarung getroffen ist. Hierzu hat sich Windscheid durch das Streben nach Stellenvereinigung verleiten lassen. Er beruft sich nämlich auf fr. 17, § 4, Us. 22, 1. Welche Bewandtnis es mit dieser Stelle habe, werde ich im folgenden Paragraphen zeigen. Daß in dem vorliegenden Falle unsere Rechtsregel

Anwendung leide, scheint mir ganz unbedenklich zu sein. Denn wenn z. B. ausgemacht worden, daß der Miether allemal in den vier Quartalen Ostern, Johannis, Michaelis und Weihnachten seine Miethe zahlen müsse; so hat eine derartige Vereinbarung durchaus nicht den Sinn: daß der Miether seine Miethe nach Ablauf dieser Quartale stets bereit halten und abwarten müsse, bis der Vermiether sie fordern werde; sie hat vielmehr ganz entschieden den Sinn, daß der Miether innerhalb der betreffenden Quartale seine Miethe unaufgefordert zum Vermiether bringen müsse. Bei dieser Gelegenheit mag bemerkt werden, daß im Zweifel alle Geldzahlungen in der Wohnung des Gläubigers zu beschaffen sind [11]).

Weitere Beispiele gibt Windscheid in der Kritischen Zeitschrift [12]). Er sagt hier:

„Wenn festgesetzt wird, daß das gegebene Darlehen nach fünf Jahren rückzahlbar sei, so scheint es mir ebenso unzweifelhaft, daß die Parteien gewollt haben, der Gläubiger dürfe es dann, und erst dann zurückfordern, als daß der über die zu einer bestimmten Zeit zu machende Lieferung einer bestimmten Quantität von Eisenbahnschienen zwischen einer Eisenbahngesellschaft und einem Fabrikanten abgeschlossene Vertrag den Sinn hat, daß die Eisenbahngesellschaft zu der angegebenen Zeit die Lieferung der Schienen erwartet."

Allein beide Fälle stehen sich in der That völlig gleich; in beiden Fällen findet unsere Rechtsregel ganz unbedenklich Anwendung.

Man denke sich z. B. eine Schuldverschreibung des Inhalts: Ich N. N. bekenne hiermit, ein Darlehen von 1000 Thalern erhalten zu haben, zahlbar nach fünf Jahren von heute an gerechnet u. s. w. Hier muß der Schuldner nach Ablauf der fünf Jahre dem Gläubiger das Geld bringen. Hätte die Zeitbestimmung den Sinn haben sollen, wie Windscheid meint, so hätte die Schuldverschreibung etwa so lauten müssen: Ich N. N. bekenne hiermit, ein Darlehn von 1000 Thalern erhalten zu haben; dieses Darlehn werde ich meinem Gläubiger zurückzahlen, sobald er es fordert, jedoch darf mein Gläubiger von seinem Rückforderungsrecht innerhalb fünf Jahren von heute an gerechnet keinen Gebrauch machen.

Ein weiterer Fall wäre dieser. Ich schicke zum Maler und will mein Haus gestrichen haben. Der Maler sagt, vor dem ersten Mai

[11]) Vgl. H. G. B. Art. 325.

[12]) Band III., S. 257, 258.

sei es ihm ganz unmöglich. Es wird folgende Vereinbarung getroffen: der Maler müsse sich vom 1. Mai bereit halten, den nähern Tag, von wo an ich ihn haben wolle, würde ich ihm noch sagen lassen.

Hier hat also die Zeitbestimmung eine ähnliche Bedeutung, wie in dem Falle, wo der Schiffer binnen acht Tagen die Kohlen auf den Speicher des Kaufmannes zu schaffen hat. In beiden Fällen soll die Obligation durch Mahnung fällig werden, die Mahnung wird aber in zeitliche Grenzen eingeschlossen. In dem Kohlen-Falle ist festgesetzt, bis wann die Mahnung erfolgen müsse, in dem Falle mit dem Maler hingegen nur, von wann an die Mahnung erfolgen dürfe.

Windscheid[13]) meint, im Zweifel sei anzunehmen, daß die Hinzufügung eines Leistungstermines in dem Sinne geschehen sei, daß dadurch die Mahnung unnöthig werde.

Mir ist nur nicht recht klar, ob hier überall zweifelhafte Fälle in dem Sinne vorkommen können, daß die Auslegung des Vertrages Schwierigkeiten machen würde. Denn es ist doch am Ende ein ziemlicher Unterschied, ob sich ein Maler z. B. am 1. Mai von selber einzufinden hat, oder ob er noch erst weiteren Bescheid abwarten soll.

Windscheid findet ferner den Gegensatz zwischen Römischem und heutigem Rechte darin, daß nach heutigem Rechte im Zweifel für unsere Rechtsregel zu entscheiden sei, während, wenn man bloß auf das Römische Recht sähe, auf Grund von fr. 32, pr. Us. 22, 1, unzweifelhaft die Entscheidung im entgegengesetzten Sinne ausfallen müßte. Und dies soll die Bedeutung unserer Rechtsregel sein.

Im Grunde sagt also Windscheid Folgendes. Die Rechtsregel dies interpellat pro homine findet sich sowohl im heutigen wie im Römischen Recht. Das heutige Recht bietet aber mehr Anwendungsfälle. Man fragt: weshalb? und erhält zur Antwort: weil wir die Rechtsregel dies interpellat pro homine haben.

Meines Erachtens steht die Sache so. Wir haben die Rechtsregel dies interpellat pro homine. Folglich müssen wir uns angelegen sein lassen, das Gebiet dieser Rechtsregel abzugrenzen. Vermuthungen gibt es hier ebensowenig, als wenn es sich meinetwegen darum handelte, das Gebiet der Oblation, culpa, oder irgend eines sonstigen Rechtsinstitutes abzugrenzen. Am allerwenigsten kann aber eine derartige Vermuthung dem Umstande entnommen werden, daß wir

---

[13]) Pandekten, Bd. II, S. 78 fgg.

die Rechtsregel dies interpellat pro homine haben. Mit demselben Rechte würde jede Rechtsregel von sich sagen können: ich bin da, und weil ich da bin, so ist im Zweifel für mich zu entscheiden. Auf diese Weise würde sich die Zahl der Präsumtionen genau um so viele vermehren, als wir Rechtsregeln besitzen.

Ferner vermag ich nicht einzusehen, weshalb sich die fragliche Vermuthung auf das heutige Recht beschränken, und nicht ebenso gut für das Römische Recht gelten sollte. Denn Windscheid nimmt ja an, daß auch das Römische Recht unsere Rechtsregel habe. Windscheid meint, dem stehe fr. 32, pr. Us. entgegen. Allein fr. 32, pr. Us. gilt auch heuzutage, und müßte demzufolge für das heutige Recht von derselben Wirkung sein, wie für das Römische.

So hat sich denn bisher dies ergeben. Unsere Rechtsregel findet nur da Anwendung, wo der Schuldner die geschuldete Sache dem Gläubiger zu bringen, oder doch sich zur Vornahme der Leistung bei dem Gläubiger einzustellen hat. Es darf aber die Zeitbestimmung weder in dem Sinne getroffen sein, daß der Gläubiger bis dahin die Leistung entgegennehmen solle, noch in dem, daß er vorher nicht fordern dürfe.

Diese beiden zuletzt besprochenen Ausnahmen sollen jetzt noch etwas schärfer in's Auge gefaßt werden.

Wenn ein Kaufmann verpflichtet ist, die Kohlen an bestimmten Tagen aus dem Schiffe entgegenzunehmen, der Schiffer sie aber noch länger behalten kann, so liegt nur eine einseitig bindende Zeitbestimmung vor. Nur der Gläubiger ist gebunden, nicht der Schuldner.

Wenn ferner ein Maler sich vom 1. Mai an bereit halten muß, der Hauseigenthümer aber am 1. Mai die Leistung noch nicht entgegenzunehmen nöthig hat, so liegt ebenfalls nur eine einseitig bindende Zeitbestimmung vor. Nur der Schuldner ist gebunden, nicht der Gläubiger.

Man kann demnach den Satz, den wir fanden, auch so ausdrücken. Unsere Rechtsregel findet nur insofern Anwendung, als der Schuldner verpflichtet ist, die geschuldete Leistung beim Gläubiger vorzunehmen, und die Zeitbestimmung eine zweiseitig bindende ist.

Die einseitig bindenden Zeitbestimmungen, welche wir betrachtet haben, sind nicht die einzigen, welche vorkommen, die übrigen kümmern uns aber hier nicht. Dies soll jetzt näher auseinander gesetzt werden.

Einer einseitigen Gebundenheit entspricht eine einseitige Nicht=

gebundenheit. Bei den bisherigen Fällen dachten wir uns die einseitige Nichtgebundenheit von der Zeitbestimmung aus zukünftig. Es gibt aber auch Fälle mit einseitiger Nichtgebundenheit für die Vergangenheit.

Erster Fall. Der Gläubiger muß an einem bestimmten Tage oder früher annehmen. Der Schuldner muß an einem bestimmten Tage zahlen, kann aber auch früher zahlen.

Es ist z. B. ausgemacht, daß der Gläubiger die Rückzahlung eines Darlehens an einem bestimmten Tage sicher erwarte, der Schuldner aber auch früher zahlen dürfe.

Hier ist der Schuldner für die Vergangenheit an die Zeitbestimmung nicht gebunden.

Zweiter Fall. Der Schuldner muß an einem bestimmten Tage oder früher zahlen. Der Gläubiger muß an einem bestimmten Tage annehmen, kann aber auch früher fordern.

Z. B. Jemand, der nach Rom reisen will, trifft mit einem Banquier ein Uebereinkommen, daß eine bestimmte Summe Geldes zu einer bestimmten Zeit in Rom sein müsse, falls er es nicht schon früher fordern sollte.

Hier ist der Gläubiger für die Vergangenheit an die Zeitbestimmung nicht gebunden.

Diese Fälle der einseitigen Nichtgebundenheit für die Vergangenheit kümmern uns indes nichts, denn unsere Rechtsregel wirkt in die Zukunft. Ist aber in diesen Fällen bei Eintritt der Zeitbestimmung eine Erfüllung noch nicht erfolgt, so steht einer Anwendung unserer Rechtsregel nichts im Wege, da von jetzt an eine beiderseitige Gebundenheit in Bezug auf die Zeitbestimmung vorliegt.

Es kann ferner bei der nämlichen Obligation eine einseitige Nichtgebundenheit dieser Art sowohl für die Zukunft als die Vergangenheit vorliegen, und zwar entweder so, daß beide Nichtgebundenheiten bei einem Contrahenten zusammentreffen, oder sich auf beide vertheilen.

Erster Fall. Der Banquier soll das Geld zu einer bestimmten Zeit in Rom auszahlen, falls der Gläubiger es nicht früher oder später verlangen sollte. Hier ist der Gläubiger weder für die Zukunft noch die Vergangenheit an die Zeitbestimmung gebunden.

Zweiter Fall. Der Maler soll sich zum ersten Mai bereit halten, den nähern Tag will ihm der Hauseigenthümer noch sagen lassen; der Maler kann aber auch schon vor dem 1. Mai kommen.

Hier ist der Schuldner für die Vergangenheit an die Zeitbestimmung nicht gebunden und der Gläubiger für die Zukunft nicht.

Auch diese Fälle kümmern uns nur insofern, als eine Nichtgebundenheit an die Zeitbestimmung für die Zukunft vorliegt.

Statt einseitiger Nichtgebundenheit an eine Zeitbestimmung spricht Art. 334 des H. G. B. unpassender Weise von einem Verfalltage, der nur zu Gunsten eines der beiden Contrahenten hinzugefügt worden. Zu wessen Gunsten oder Ungunsten eine Zeitbestimmuug getroffen, kommt juristisch ebensowenig in Betracht, als wenn es sich darum handelt, ob ein Kaufabschluß für den Käufer oder Verkäufer günstig sei. In der Regel glauben beide, einen günstigen Kauf gethan zu haben. Und wenn ich mir den Fall denke, wo der Maler vom 1. Mai an sich bereit halten muß, ich den Tag, wann er streichen soll, aber noch näher bestimmen will; so kommt es sehr auf die Umstände an, zu wessen Gunsten die Zeitbestimmung getroffen ist. Sie kann sehr zu meinen Ungunsten ausgefallen sein, da mir die Zeit nach dem 1. Mai gar nicht paßt; sie kann aber auch dem Maler sehr gelegen sein, weil er sonst andere Arbeit hätte abweisen müssen.

Der juristisch bedeutende Moment ist eben, ob in Bezug auf die Zeitbestimmung nur einseitige oder zweiseitige Gebundenheit vorliegt.

Ich kehre jetzt zu unserer Rechtsregel zurück und bemerke, daß sie sich nicht auf den gesetzlichen Leistungstermin bezieht, z. B. nicht auf den Fall, wenn Jemand seine städtischen Abgaben nicht am bestimmten Tage berichtigt.

So mit Recht Mommsen[14]) und Windscheid[15]). Mit Mommsen kann ich mich nur insofern nicht einverstanden erklären, als er bei dieser Gelegenheit fr. 17, § 4 Us. los zu werden sucht[16]). Vgl. dagegen Windscheid[17]).

Unsere Rechtsregel bezieht sich ferner nicht auf den Fall, wo der dies auf letztwilliger Verfügung beruht. Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers, die Leistung anzubieten. Nach Ansicht der Praxis bedarf es einer derartigen Erklärung da nicht, wo der Schuldner dem Gläubiger versprochen hat, daß er sich an einem bestimmten Tage bei ihm zur Vornahme der Leistung einfinden werde. Die Praxis

[14]) a. a. O. S. 116.
[15]) Pandekten, Bd. II, S. 79, 80.
[16]) a. a. O. S. 91.
[17]) Pandekten, Bd. II, § 278, Anm. 3.

verlangt vom Schuldner, daß er sein eigenes Versprechen nicht vergesse; aber auch nicht mehr.

Deshalb scheidet z. B. der gesetzliche Leistungstermin aus, weil es sich hier um eine einseitige Auflage des Gesetzgebers handelt.

Deshalb kann ferner von Anwendung unserer Regel da keine Rede sein, wo der dies auf letztwilliger Verfügung beruht, da wir es auch hier mit einer einseitigen Auflage zu thun haben.

Dazu kommt, daß ein bestimmter Tag durch letztwillige Anordnung kaum festgestellt werden kann. Denn diesen Tag muß man sich doch immer als abhängig denken vom Tode des Erblassers. Der Tod eines Menschen ist aber etwas sehr Unbestimmtes.

Der Testator hätte also immer schon eine Zeit wählen müssen, wo er ganz gewiß nicht mehr am Leben wäre. Es errichtet z. B. Jemand am 8. März 1870 ein Testament, worin die Auszahlung eines Vermächtnisses für den 8. März 1970 angeordnet wäre.

Derartige Vermächtnisse für eine ferne Zukunft kommen zwar vor; man denke z. B. an Stiftungen. Allein eine so ferne Zukunft paßt schlecht zu dem Grundgedanken, auf dem unsere Rechtsregel beruht.

Dann wäre noch zu beachten, daß jede letztwillige Anordnung zunächst nur unfertige Zustände in's Leben rufen kann.

Und was insonderheit das Vermächtnis anbetrifft, so hat in dieser Beziehung Köppen[18]) mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß der Vermächtnisnehmer mit dem dies cedens noch nicht das Vermächtnis, sondern bloß eine facultas acquirendi erlange. Nur will mir der familienrechtliche Character, den Köppen seiner Auffassung beimischt, nicht gefallen. Meines Erachtens steht die Sache so. Vor der Annahme des Vermächtnisses liegt lediglich eine für den Belasteten unwiderrufliche Offerte vor. Es steht in der Wahl des Vermächtnisnehmers, ob er die Offerte annehmen oder ausschlagen will, wie dies auch bei andern Offerten der Fall ist. Schlägt er die Offerte aus, so ist nichts vorhanden. Nimmt er sie an, so ist durch Offerte und Acceptation eine Obligation entstanden.

Es steht nicht in der Macht des Testators, zwischen seinem künftigen Erben und dem Vermächtnisnehmer eine Obligation hervorzuzaubern. Zunächst muß der Eingesetzte doch gefragt werden, ob er

---

[18]) Jhering's Jahrbücher, Band V., S. 125 fgg., besonders S. 184 fgg.

die Erbschaft auch haben will. Und wenn dieser nun antritt, ist in Bezug auf das Vermächtnis immer erst eine einseitige Verpflichtung entstanden. Damit hieraus eine Obligation werde, bedarf es noch der Annahme von Seiten des Vermächtnisnehmers.

Wenn also ein Testator einem Erben ein Vermächtnis in der Weise auferlegt hat, die vermachte Sache an einem bestimmten Tage zum Vermächtnisnehmer zu bringen; so hat er dies doch immer nur unter der Voraussetzung gewollt, daß der Vermächtnisnehmer sich bereit erkläre, die Leistung entgegenzunehmen. Die wirkliche Obligation ist immer erst dann vorhanden, wenn der Vermächtnisnehmer acceptirt.

Die Vermächtnisse sind diesem nach so recht eigentlich ein Gebiet für unsere Mahnung. Auch würde die Rechtsregel dies interpellat pro homine nur für die Fälle Bedeutung haben, wo der Vermächtnisnehmer sich über die Annahme des Vermächtnisses vor dem dies erklärte. Denn eine derartige Erklärung nach dem dies enthielte ja gleichzeitig eine Mahnung.

Unsere Rechtsregel beschränkt sich also auf Vertragsverhältnisse. Die Mecklenburgische Verordnung drückt sich in dieser Beziehung sehr genau aus, wenn sie bloß von „einer, zu einem bestimmten Zeitpunkte *versprochenen*, aber nicht erfüllten Leistung" redet.

Mommsen, S. 116, 117, sagt in dieser Beziehung:

> „Endlich werden wir die Regel nicht ohne weiteres auf die Fälle ausdehnen können, in welchen durch letztwillige Verfügung ein dies für die Erfüllung eines Vermächtnisses festgesetzt ist. Im allgemeinen liegt hier die Annahme weit näher, daß der Testator durch die Feststellung des Erfüllungstermins nur dem Onerirten einen Vortheil hat zuwenden wollen; zudem wird es in diesen Fällen fast immer an einer sehr wichtigen Voraussetzung für die unbeschränkte Anwendbarkeit der Regel fehlen, indem der Onerirte im Zweifel nicht verpflichtet ist, den Gegenstand des Vermächtnisses dem Vermächtnisnehmer zu überbringen. Nur unter ganz besonderen Umständen wird hier die Regel zur Anwendung gebracht werden können."

Man sieht, auch *Mommsen* arbeitet darauf hin, unsere Regel von den Vermächtnissen fern zu halten. Ihm ist nur der rechte Grund nicht klar geworden, und deshalb bleibt er auf halbem Wege stehen.

Was von Vermächtnissen, gilt übrigens auch von andern letztwilligen Verfügungen. Wenn z. B. ein Testator genau den Tag angegeben hätte, wann ein Collationspflichtiger conferiren solle, so würde

auch hier von Seiten desjenigen, dem zu conferiren wäre, eine Mahnung erforderlich sein [19]).

Dies interpellat pro homine, d. h. der Tag der Fälligkeit mahnt statt des homo, nicht erst der darauf folgende Tag. Die Wirkungen der Mahnung treten mit dem Fälligkeitstage selber ein, nicht erst mit dem darauf folgenden Tage. Die letztere Ansicht ist indes sehr verbreitet, und wird auch von Mommsen [20]) getheilt. Derselbe drückt sich hierüber so aus:

„Die Mora tritt immer erst mit dem Ablauf der festgesetzten Erfüllungszeit ein; sie beginnt nicht schon mit dem Tage selbst. Dies kann schon aus dem Grunde nicht zweifelhaft sein, weil vor dem Ablauf des dies noch keine petitio begründet ist, mithin die hauptsächlichste objective Voraussetzung der Mora fehlt."

Mommsen beruft sich auf folgende Stellen:

§ 2 J. de V. O. 3, 15;
fr. 42 V. O. 45, 1;
fr. 118, § 1 eodem;
fr. 138 pr. eodem;
fr. 186 R. J. 50, 17.

In diesen Stellen ist nun allerdings der Satz enthalten, daß der Regel nach, wie es in § 2 J. de V. O. heißt, „ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest", oder wie in fr. 118, § 1, V. O. gesagt ist, „nam peti non debet, quod intra tempus comprehensum solvi potest".

Es fragt sich aber: was heißt hier petere? Petere kann sowohl mahnen als klagen bedeuten. Daß es aber in den obigen Stellen in der letzteren Bedeutung zu nehmen, kann kaum zweifelhaft sein. Denn in § 2 J. de V. O. ist von einer Stipulatio auf certa pecunia die Rede, wo die Mahnung gar keine Wirkungen hatte. Wenn nun hier gesagt ist, daß vor Ablauf des Fälligkeitstages ein petere nicht zulässig sei, so kann petere doch nur in der Bedeutung von klagen verstanden werden. Ein wirkungsloses Mahnen hier verbieten zu wollen, konnte verständiger Weise keinem einfallen.

In fr. 118, § 1, V. O. wird denn auch das peti am Verfalltage geradezu mit praematurius agi umschrieben.

---

[19]) Vgl. Guyet, über den Anfang des Verzuges bei der Collation. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 21, S. 161 fgg.

[20]) a. a. O., S. 108.

Die fünf von Mommsen angeführten Stellen enthalten demnach den Satz, daß wer vor Ablauf des Fälligkeitstages klage, sich eine plus petitio zu Schulden kommen lasse.

Wenn aber auch vor Ablauf des Fälligkeitstages nicht geklagt werden kann, so folgt daraus keineswegs, daß am Fälligkeitstage nicht gemahnt werden dürfe.

Ich will kein Gewicht darauf legen, daß die Geschäftszeit, wann eine Klage eingereicht werden muß, auch noch heutzutage früher abzulaufen pflegt, als die Geschäftszeit im allgemeinen. Ich will hier ganz davon absehen, daß bereits das Römische Recht in fr. 41 de judiciis 5, 1, bei gutgläubigen Obligationen vor der Verfallzeit eine auf Anerkennung gerichtete Klage kennt; und daß bei Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen in Gemäßheit von fr. 72, § 2, V. O. 45, 1 und fr. 137, § 3 eodem, schon dann eine Klage zulässig ist, wenn auch die ganze Zeit, binnen welcher die Leistung zu beschaffen, noch gar nicht abgelaufen ist. Ich will hier ferner davon absehen, daß da, wo die Erfüllungszeit unbestimmt gelassen, die Wirkung der Mahnung zunächst gerade darin besteht, die in dieser Beziehung unvollständige Obligation zu vervollständigen. Auch das will ich Mommsen hier nicht vorhalten, daß bei unbestimmt gelassener Erfüllungszeit der gemahnte Schuldner häufig auf eine angemessene Frist Anspruch habe, und die Wirkungen der Mahnung regelmäßig doch erst nach Ablauf dieser Frist eintreten können. Ich will hier vielmehr nur solche Fälle in's Auge fassen, wo bei kurzen Leistungen ein bestimmter Erfüllungstag verabredet, und der Gläubiger sich zu dem Schuldner zu begeben hat. Man denke z. B., für Uebergabe einer Pachtung sei der erste Juli festgesetzt. Hier sollte der Pächter erst am 2. Juli mahnen können? Im Gegentheil, er hat sich am 1. Juli einzufinden, sein Ausbleiben an diesem Tage könnte ihm sehr kostspielig werden. Ich gebe zu, wenn keine Stunde zur Uebernahme der Pachtung festgesetzt ist, daß es dann dem Verpächter zukommt, die Stunde zu bestimmen. Immerhin aber muß die Uebergabe der Pachtung am ersten Juli erfolgen. Hat sich demnach der Pächter am 1. Juli zur Uebernahme der Pachtung bereit erklärt, und liegt es nicht an ihm, daß es an diesem Tage nicht dazu kommt, so hat er eine wirksame Mahnung vorgenommen, und braucht am 2. Juli nicht wieder zu kommen [21]).

[21]) fr. 3 de in lit. jur. 12, 3; fr. 37 Mand. 17, 1; fr. 114 V. O. 45, 1. Vgl. unten § 45.

Ebenso ist es, wenn der Gläubiger sich das Geld vom Schuldner an einem bestimmten Tage abzuholen hat. Stellt sich hier der Gläubiger am verabredeten Tage beim Schuldner ein, und sagt der Schuldner, er hätte kein Geld; so braucht der Gläubiger gar nicht wieder zu kommen. Dies räumt Mommsen selber ein[22]). Will der Schuldner aber zu einer andern Stunde zahlen, als wo der Gläubiger sich eingestellt hat, so muß er die Stunde angeben, wann er zu zahlen beabsichtigt. Und mag der Schuldner den Gläubiger bis kurz vor Mitternacht hinhalten, an dem einmal verabredeten Tage und nicht am folgenden Tage hat die Zahlung gleichwohl zu geschehen; der Gläubiger braucht den Tag darauf nicht wieder zu erscheinen.

So sagt denn auch das H. G. B., Art. 330, Absatz 1, sehr verständig:

„Soll die Erfüllung innerhalb eines gewissen Zeitraums geschehen, so muß sie vor Ablauf desselben erfolgen."

Uebrigens will mir die Ansicht viel zu astronomisch vorkommen, daß der Schuldner in Fällen der angegebenen Art immer erst kurz vor Mitternacht zu erfüllen brauche. Ich meine, man muß doch darauf sehen, was die Contrahenten beabsichtigt haben. Wenn aber ein Schuldner an einem bestimmten Tage Zahlung versprochen hat, so ist das meines Erachtens so auszulegen, daß diese Zahlung während der Geschäftszeit erfolgen müsse. Es ist weder die Absicht der Contrahenten, daß der Gläubiger den Schuldner schon vor Tagesgrauen in seinem Schlummer stören, noch die, daß der Schuldner den Gläubiger bis Mitternacht hinhalten dürfe.

Auch in dieser Beziehung sagt das H. G. B., Art. 332, sehr verständig:

„Die Erfüllung muß an dem Erfüllungstage während der gewöhnlichen Geschäftszeit geleistet und angenommen werden."

Und bereits die Glosse ad legem 8 de feriis 2, 12 bemerkt ganz richtig:

secus in contractibus, quia ibi tacite agitur, ut solvatur in die: ergo habendum est pro expresso.

Nimmt man aber dieses an, so wird die Ansicht, daß die Mahnung immer erst an dem auf den Erfüllungstag folgenden Tage mit Wirksamkeit vorgenommen werden könne, noch viel hinfälliger.

---

22) a. a. O. S. 109.

Ergibt sich demnach für die Fälle, wo der Gläubiger sich am Erfüllungstage zum Schuldner zu begeben hat, daß die Mahnung an diesem Tage selber mit Wirksamkeit vorgenommen wird; so kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß da, wo die Regel dies interpellat pro homine Anwendung leidet, die Wirkungen der Mahnung mit dem Verfalltage eintreten. Denn der dies soll hier ja die Stelle des homo vertreten.

Die entgegenstehende Ansicht führt auch zu sonderbaren Resultaten. Es hat z. B. ein Schuldner versprochen, ein Darlehen am 1. Juli zurückzuzahlen, und bis dahin mit fünf Procent auf's Jahr zu verzinsen. Er hält den Termin nicht ein. Jetzt würden ja nach der Mommsen'schen Ansicht die Verzugszinsen ihren Lauf erst vom 2. Juli an beginnen, der Gläubiger also für einen Tag, nämlich vom 1. bis 2., gar keine Zinsen bekommen.

Die Mecklenburgische Verordnung sagt, daß „mit dem Ablaufe des festgesetzten Termins" alle Wirkungen der Mora eintreten sollen. Wie mag das zu verstehen sein? Der Ausdruck erscheint zweideutig. Allein es heißt hier doch nicht: nach dem Ablauf. Und was mit dem Ablaufe des Tages eintritt, tritt eben noch am Tage selber ein.

Ueber die Beschaffenheit des dies wäre noch dies zu bemerken. Die getroffene Zeitbestimmung muß eine wahre Zeitbestimmung sein[23]). Die Zeit muß ferner fest bestimmt sein. Es ist gerade nicht erforderlich, daß ein bestimmter Tag oder eine bestimmte Stunde für die Leistung festgesetzt werde, es genügt auch eine bestimmte Frist, z. B. zahlbar innerhalb fünf Jahren von heute an gerechnet. Wenn dagegen Jemand verspräche, er werde in den nächsten Wochen zahlen, so würde das zu unbestimmt sein. Es muß eben aus der in dieser Beziehung getroffenen Verabredung hervorgehen, daß der Gläubiger die Leistung an einem bestimmten Tage mit Sicherheit erwarte. Auf Länge oder Kürze der Zeitfrist, wie Mommsen, S. 117, 118, meint, kann hier kein entscheidendes Gewicht gelegt werden.

Hiernach erledigt sich auch die Frage, ob Anerkennung eines Erbschaftstheilungsplanes von Seiten der Erben die Anwendbarkeit unserer Rechtsregel rücksichtlich der Conferenden zur Folge habe. Dies ist nur unter der Voraussetzung anzunehmen, daß der Theilungsplan die Zeit, wann und an wen conferirt werden soll, ganz bestimmt an=

---

[23]) Mommsen a. a. O. S. 116, 117.

gibt. Denn dann liegt in der Anerkennung des Theilungsplanes von Seiten des Collationspflichtigen ein Versprechen, zu einer bestimmten Zeit leisten zu wollen[24]).

Mommsen, S. 118, berührt noch die Fälle, wenn verabredet ist, daß innerhalb einer bestimmten Frist nach erfolgter Kündigung geleistet werden soll. Er meint, hier sei es zur Zeit des Vertragsabschlusses noch ungewiß, wann der dies eintrete; so wie die Kündigung erfolge, sei aber jede Ungewißheit beseitigt, und es machten sich dann ganz dieselben Erwägungen geltend, wie in dem Falle, wenn ein bestimmter Tag schon durch den Vertrag festgesetzt sei.

Die Ansicht Mommsen's ist richtig, gleichwohl ist es nicht ohne Interesse, die hier von ihm berührten Fälle näher zu betrachten. Setzen wir folgenden Fall. A hat dem B Geld dargeliehen auf halbjährliche, von beiden Theilen in den landesüblichen Terminen, d. i. Antonii oder Johannis, zu beschaffende Kündigung. Wenn nun der Schuldner Antonii 1870 zu Johannis 1870 kündigt, was heißt das? Dann hat der Schuldner ein Zahlungsversprechen dahin abgegeben, daß er das Darlehen zu Johannis 1870 zurückzahlen werde, und zur Abgabe eines derartigen Zahlungsversprechens war er laut dem ursprünglich abgeschlossenen Vertrage berechtigt. Dies ist ein Zahlungsversprechen mit festbestimmter Zeit, und bei einem solchen Zahlungsversprechen findet unsere Rechtsregel unbedenklich Anwendung.

Wenn aber der Gläubiger Antonii 1870 zu Johannis 1870 kündigt, was liegt dann vor? Dann hat der Gläubiger eine Erklärung abgegeben, daß er bereit sei, das Darlehen zu Johannis 1870 zurückzuempfangen, und zur Abgabe einer derartigen Erklärung war er laut Inhalt des Vertrags berechtigt. Der Gläubiger hat somit nachträglich den Tag bestimmt, an welchem er der Rückzahlung des Geldes entgegensieht. Es ist nicht einzusehen, warum auch hier nicht unsere Rechtsregel Platz greifen soll. Wir müssen nur die Sache nicht so beschränkt wie Mommsen ausdrücken, sondern den Grundgedanken, der in diesen einzelnen Fällen seine Anwendung findet, zu ermitteln suchen; und der ist dieser.

Es ist einerlei, ob der dies gleich von vorneherein oder nachträglich festgestellt wurde. Es kann auch sein, daß die Befugnis, den

---

[24]) Vgl. Archiv für practische Rechtswissenschaft, Band VI., S. 56 fgg. „Ob und von welchem Zeitpunkt an Zinsen von Conferenden gefordert werden können."

dies später durch einseitige Erklärung festzustellen, dem Schuldner oder dem Gläubiger oder einem Dritten zustand. Nur muß immer vorausgesetzt werden, daß nach solcher einseitigen Erklärung noch eine Frist läuft, denn ohne Frist wäre eine derartige Erklärung ja nichts als Mahnung, beziehungsweise Oblation.

Auch in anderer Beziehung hat Mommsen unserer Rechtsregel zu wenig Raum gegönnt. Er sagt nämlich S. 118:

„Ferner ist die Anwendung der Regel völlig ausgeschlossen, wo nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in der unterlassenen Interpellation eine stillschweigende Prolongation des obligatorischen Verhältnisses liegt; also bei der Verpflichtung des Miethers zur Restitution der gemietheten Sache. Hier wird wegen der gedachten Vorschrift selbst dann, wenn der Miether dem Inhalt der Obligation zufolge verpflichtet sein sollte, die gemiethete Sache dem Vermiether zurückzubringen, im Zweifel eine Mora nicht angenommen werden können."

Mommsen wird hier die drei Stellen im Sinne gehabt haben, welche von der sog. relocatio tacita handeln, nämlich:

fr. 13, § 11, Loc. 19, 2;
fr. 14 eodem;
c. 16 C. de loc. 4, 65.

Die Sache liegt aber doch etwas anders, als Mommsen sie auffaßt. Alle drei Stellen beziehen sich auf Grundstücke, die auf eine bestimmte Zeit vermiethet oder verpachtet sind. Soll nach Ablauf dieser Zeit ein derartiger Contract mit allen daraus hervorgegangenen Ansprüchen vollständig aufgehoben werden, so ist unter anderm nöthig, daß der Miether, bezw. Pächter, das Grundstück seinem Vermiether, bezw. Verpächter wieder zurückgibt. Damit aber eine derartige Zurückgabe Statt finde, sind wiederum zwei Vorbedingungen erforderlich. Der Verpächter oder Vermiether muß sich an dem Tage, wo der Pacht- bezw. Miethvertrag abläuft, auf dem Grundstücke einfinden, und der Pächter, bezw. Miether, muß das Grundstück zu diesem Tage geräumt haben. Wenn aber weder der eine sich einstellt, noch der andere geräumt hat, so muß man annehmen, „taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri", „hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur" [25]). Oder wie es in d. fr. 14

---

[25]) fr. 13, § 11, Loc. 19, 2.

heißt: intellegitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare et hujus modi contractus — nudo consensu convalescunt.“ Und ähnlich drückt sich d. c. 16 aus: „Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum, et in eadem locatione conductor permanserit, tacito consensu eandem locationem — renovare videtur.“

Ganz anders steht aber die Sache, wenn es sich um eine gemiethete bewegliche Sache handelt, z. B. ein Klavier, das der Miether dem Vermiether zu einer bestimmten Zeit wieder zurückzuliefern hat. Hier kann der Vermiether nach Inhalt der Obligation die Sache ruhig an sich herankommen lassen. Hier kann man einer unterlassenen Mahnung unmöglich dieselbe Bedeutung beilegen wollen, wie da, wo es sich um Grundstücke handelt. Denn bei Grundstücken ist der Vermiether verpflichtet, sich zum Miether zu begeben, um zu erklären, daß er bereit sei, den Gegenstand des Miethsvertrags wieder zurückzunehmen. Nicht so in unserm Falle, wo der Miether nach abgelaufener Miethszeit das Klavier zurückzuschicken hat. Hier greift meines Erachtens unsere Rechtsregel unbedenklich Platz.

In wiefern der Schuldner, um die Folgen der Mahnung abzuwenden, sich auf Unmöglichkeit der Leistung berufen könne, hängt hier, wie bei der Mahnung, ganz vom Inhalt der Obligation ab.

Ein Darlehnsschuldner hat an einem bestimmten Tage ein Darlehen zum Gläubiger zu bringen. Er macht sich am gedachten Tage selber mit dem Gelde auf den Weg. Räuber nehmen ihm das Geld ab, so daß er seiner Verpflichtung nicht rechtzeitig nachkommen kann. Oder ihn rührt unterwegs der Schlag, so daß aus diesem Grunde die rechtzeitige Erfüllung unterbleibt. Ein Darlehnsschuldner kann sich nach Inhalt der Obligation nicht auf Unmöglichkeit der Leistung berufen. Es kann daher auch nicht darauf ankommen, wann ihm ein Unglück zustößt, ob gerade an dem Tage, wo er zahlen soll, oder früher. Es ist z. B. ganz einerlei, ob ein Darlehnsschuldner deshalb seiner Verbindlichkeit nicht rechtzeitig nachkommt, weil er an dem Zahlungstage oder zu einer früheren Zeit seiner Habe beraubt wurde. In beiden Fällen wird unsere Rechtsregel anwendbar.

Ein weiterer Fall wäre der, wenn ein Schuldner das Darlehen, welches er zurückzuzahlen hat, rechtzeitig auf die Post gibt, das Geld aber durch Verschuldung des Postbeamten zu spät beim Gläubiger eintrifft. Hier hat der Darlehnsschuldner seinem Gläubiger den ganzen

Vermögensunterschied, den die Verspätung der Zahlung bei ihm angerichtet hat, auszugleichen. Die Norddeutsche Bundespost verkriecht sich aber hinter ihr Privilegium.

Dabei ist indes ein Punkt nicht außer Acht zu lassen. Auch bei solchen Obligationen, wo an sich nicht für Zufall gehaftet wird, kann die Hinzufügung eines dies die Bedeutung haben, daß der Schuldner für den Zufall aufkommen müsse. Wenn z. B. ein Maurermeister einen Bau übernommen hat, ohne sein Verschulden aber nicht im Stande ist, ihn auszuführen, weil er keine Leute bekommen kann — man denke z. B. an einen Arbeiterstrike, oder daß die Gesellenbrüderschaft ihn in Verruf gethan hätte — so kann er zwar keine Gegenleistung beanspruchen, haftet aber auch seinerseits nicht.

Hier kann indes die Hinzufügung eines dies gerade den Sinn haben, daß der fragliche Bau unter allen Umständen zu der bestimmten Zeit fertig sein müsse, so daß der Maurermeister auch, wenn er von Verschulden frei ist, für's Interesse aufzukommen hat.

Diese Wirkung des dies hat indes mit unserer Rechtsregel als solcher nichts zu thun.

Ein gemahnter Schuldner kann mitunter nach der Mahnung noch Frist verlangen, aber nur da, wo die Zahlungszeit unbestimmt gelassen. Mußte der Schuldner erwarten, daß die Mahnung an einem bestimmten Tage erfolge, daß z. B. ein Wechsel am Verfalltage präsentirt werde, so kann er keine Frist beanspruchen.

Weil nun da, wo unsere Rechtsregel Anwendung leidet, stets ein bestimmter Zahlungstermin gegeben ist, kann auch nie von Fristertheilung die Rede sein [26]).

Mit Recht bemerkt Mommsen, S. 114:

„Ferner wird eine Mora nicht angenommen werden können, wenn der Erfüllungstermin so nahe festgesetzt ist, daß bis dahin die Leistung nicht vorgenommen werden kann."

Denn wenn z. B. Jemand verspräche, er werde binnen 24 Stunden ein Schloß bauen, so ist das entweder das Versprechen eines Narren und deshalb ungültig [27]): oder soferne ein solches Versprechen aufrecht

---

[26]) Mommsen a. a. O. S. 114.

[27]) Vgl. § 5 J. V. O. 3, 15; fr. 2, § 6, de eo quod certo loco 13, 4; fr. 141, § 4, V. O. 45, 1.

zu erhalten wäre, würde es der Zeitbestimmung doch an der Bestimmtheit fehlen, wie sie zur Anwendung unserer Rechtsregel erforderlich ist [28]).

§ 14.
Verhältnis des Römischen Rechtes zur Rechtsregel dies interpellat pro homine.

Es ist in neuerer Zeit viel darüber gestritten, ob die Rechtsregel dies interpellat pro homine bereits im Corpus Juris enthalten sei, oder nicht [1]). Wenn diese Streitfrage nicht recht hat zum Abschluß gelangen wollen, so ist der Grund hierfür meines Erachtens darin zu suchen, daß man sich den Verzug als einen technischen Begriff dachte, mit dem nothwendig eine bestimmte Reihe von Wirkungen gegeben sein müsse. Die Sache verhält sich nun aber so. Das Römische Recht hat die Rechtsregel dies interpellat pro homine als solche nicht. Gleichwohl läßt es den Verzug beim dies nicht unberücksichtigt, es berücksichtigt ihn hier nur in anderer Weise als bei der Mahnung. Wir finden nicht alle Wirkungen der Mahnung beim dies wieder. Diejenigen nun, welche die fragliche Rechtsregel schon aus dem Corpus Juris herauslesen wollten, beriefen sich auf solche Stellen, wo das Römische Recht dem dies gleiche Wirkungen, wie der Mahnung beilegte. Diejenigen hingegen, welche sich vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus gegen diese Regel erklärten, beriefen sich auf die andern Stellen.

Außerdem sind freilich eine ganze Menge von Stellen herbeigezogen, die mit unserer Frage kaum in einem entfernten Zusammenhange stehen.

Alle diese Stellen können von mir unmöglich berücksichtigt werden, sondern nur die wichtigeren. Und da diese zum Theil im Laufe der Untersuchung bereits ihre Erledigung gefunden haben [2]), so bleiben nur verhältnismäßig wenige nach.

Diese wenigen will ich hier noch erörtern und gleichzeitig meine Ansicht über das Verhältnis des Römischen Rechts zur fraglichen Rechtsregel darlegen.

---

[28]) fr. 58, § 1, Locati 19, 2.

[1]) Siehe die Literatur bei Mommsen, S. 80 fgg. v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 588, Anm. 2. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 278, Anm. 4.

[2]) Vgl. namentlich oben § 2 und § 11.

Bereits im § 11 haben wir folgenden Satz gefunden: bei denjenigen Obligationen, welche auf's Interesse angelegt sind, wirkt die Mahnung, insofern es sich um den Interesseanspruch handelt, nur wenn und soweit sie die Fälligkeit herbeiführt; soweit diese Obligationen von selber fällig werden, bedarf es in dieser Beziehung einer Mahnung nicht.

Eine auf's Interesse angelegte Obligation war z. B. die Verpflichtung des Verkäufers dem Käufer gegenüber. Soweit hier die Mahnung die Fälligkeit herbeiführt, erzeugt sie demnach auch einen Interesseanspruch. Diesen Interesseanspruch erzeugt aber auch der dies. Das Römische Recht ist in dieser Beziehung sogar weiter gegangen als unsere Rechtsregel, indem es den Interesseanspruch nicht bloß da eintreten läßt, wo eine ganz bestimmte Erfüllungszeit verabredet, sondern auch beim unbestimmten dies. Es steht sogar nichts im Wege, da die Fälligkeit einer Obligation auch durch den Eintritt einer Bedingung herbeigeführt werden kann, diesen Interesseanspruch selbst an eine Bedingung zu knüpfen.

Dagegen tritt hier mit bloßer Fälligkeit noch keine Haftung für Zufall ein; diese Wirkung hat lediglich die Mahnung [3]).

Die Mahnung hat ferner Einfluß auf den Zeitpunkt der Schätzung. Ebenso nach Römischem Recht der dies. Aber auch hier ist das Römische Recht weiter gegangen, als unsere Rechtsregel; es räumt der conditio dieselbe Wirkung ein [4]).

Wir sprachen soeben von Obligationen, die auf's Interesse angelegt seien. Zu diesen gehörten nach Römischem Recht nicht die bonae fidei Obligationen, soweit sie auf Geld gingen. Hier griff indes das officium judicis ergänzend ein. Es bildete sich der Rechtssatz, daß bei bonae fidei judicia die Befugnis des Geschwornen gerade so viel vermöge, als eine bündige Stipulatio.

fr. 6 N. G. 3, 5.

> Quia tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

fr. 24 Dep. 16, 3.

> et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod

---

[3]) c. 4 und 6 C. de per. et com. 4, 48.

[4]) fr. 22 R. C. 12. 1; fr. 4 de cond. trit. 13, 1; fr. 59, 60 V. O. 45. 1.

ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio.

Man beachte das tantundem quantum „gerade so viel als". Die gesetzliche Zinse erscheint hier als Nachbildung der Vertragszinse. Der Römische Geschworne war in dieser Beziehung an die Beschränkungen gebunden, welche für die Vertragszinsen galten. Ein weitergehendes Interesse durfte er nicht berücksichtigen.

fr. 1 pr. Us. 22, 1.

Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat.

So bietet denn das Römische Recht folgende Erscheinung dar. Die actio emti, soweit sie nicht auf Geld geht, ist auf's Interesse angelegt, nicht dagegen die auf Geld gehende actio venditi.

fr. 20 de per. et comm. 18, 6.

Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit [5]).

Ueberhaupt machte sich bei den gutgläubigen Obligationen, sofern sie auf Geld gingen, eine Menge ganz verschiedener Gesichtspunkte geltend, die für den Zinsenanspruch bestimmend waren. So hielt man es für billig, daß der Käufer nach der Uebergabe der gekauften Sache das Kaufgeld verzinse.

fr. 13, § 20, A. E. V. 19, 1.

Veniunt autem in hoc judicium — — item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.

Ein anderes Mal ist der Gesichtspunkt entscheidend: ne de alieno lucrum sentiat, oder quod ad usus suos convertit [6]). Wieder ein ander Mal wird darauf gesehen: si forte mutuatus sub usuris dedit, oder quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset [7]). Daneben erscheint denn auch unsere Mahnung, und zwar gleichsam als der Schlußstein dieser auf

[5]) Vgl. fr. 13, § 26, A. E. V. 19, 1.

[6]) fr. 10, § 3, Mand. 17, 1.

[7]) fr. 67, § 2, pro socio 17, 2.

aequitas beruhenden Rechtsbildung. Ex mora utique usuras mihi pendet „von der Mahnung an wird er mir jedenfalls Zinsen bezahlen" sagt z. B. Ulpianus in fr. 10, § 3, Mand. 17, 1, um auszudrücken, daß man da, wo eine Mahnung vorliege, nach andern Gründen für den Zinsenanspruch nicht zu suchen brauche.

Die Mahnung tritt hier also in ganz anderer Weise auf, als bei den auf's Interesse angelegten Obligationen. Denn während ihre Wirkungen dort als Ausfluß eines höheren Principes erscheinen, bildet sie hier den Schlußstein einer auf aequitas beruhenden Rechtsbildung. Ueberhaupt zeigen die paar Bemerkungen schon, die ich hier über den Zinsenanspruch einreihte, daß sich die gutgläubigen Obligationen, sofern sie auf Geld gingen, in ganz anderer Weise entwickelt haben, als die auf's Interesse angelegten Obligationen. Bei letzteren ist die Fälligkeit das Entscheidende, bei ersteren kommt auf die Fälligkeit als solche gar nichts an.

Ein Ausfluß dieser Gesammtanschauung ist es denn auch nur, wenn es in fr. 17, § 4, Us. 22, 1 heißt:

> Ex locato, qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet.

Also wer seine Miethe nicht zu rechter Zeit berichtigt, hat, abgesehen von Vereinbarung, nur im Falle einer Mahnung Zinsen zu zahlen.

Dasselbe sagt vom Kaufpreise

c. 5 C. de pactis i. e. et v. compositis IV, 54.

> Initio venditionis si pactus es, ut is, cui vendidisti possessionem, pretii tardius exsoluti tibi usuras pensitaret, non immerito existimas, etiam eas tibi adito praeside ab emtore praestari debere. Nam si initio contractus non es pactus, si coeperis experiri, ex mora duntaxat usuras tam ab ipso debitore, quam ab eo, qui in omnem causam emti suam fidem adstrinxit, de jure postulabis.

wo die Worte „pretii tardius exsoluti" dem „tardius pecuniae illatae" der vorigen Stelle entsprechen.

So hat denn hier das Römische Recht nicht schon mit dem bloßen dies wie mit der Mahnung einen Anspruch auf Zinsen verknüpft.

In dieser Beziehung greift also die Rechtsregel dies interpellat pro homine ändernd ein, weshalb ich z. B. die in Seuffert's Archiv, Band 21, Nr. 112, auf fr. 17, § 4, de usuris gestützte

Entscheidung vom Standpunkte des heutigen Rechts aus nicht für richtig halten kann. Die fragliche Rechtsregel hat hier eine Annäherung zwischen den gutgläubigen Obligationen, soferne sie auf Geld gehen, und den auf's Interesse angelegten Obligationen zu Wege gebracht. Sie hat hier der Mahnung Gebiet weggenommen.

Daß sich zwischen diesen beiden Arten von Obligationen aber auch noch in anderer Weise im heutigen Rechte eine Annäherung vollzogen hat, davon werde ich weiter unten handeln.

Ich gehe jetzt über zu folgender Stelle:

fr. 33 V. O. 45, 1.

Pomponius libro XXIV ad Sabinum.

Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor.

Aus dieser Stelle hat namentlich v. Vangerow herleiten wollen, daß die Rechtsregel dies interpellat pro homine schon im Corpus Juris begründet sei.

Er sagt a. a. O. § 588, Anm. 2, S. 194:

„Wie nahe hier der Schluß liegt, daß, wenn der Sclave post diem gestorben sei, der Debitor allerdings hafte, daß also mit dem Ablauf des Zahlungstages die obligatio perpetuirt worden, und folglich eine Mora vorhanden sei, bedarf keiner näheren Ausführung."

Dagegen erlaube ich mir das Nachstehende zu bemerken.

Es wäre dies dann die einzige Stelle im ganzen Corpus Juris, worin gesagt wäre, daß ein Schuldner, der den Termin nicht einhalte, bloß um deswillen schon für Zufall hafte.

Und diesen für das Römische Recht so unendlich wichtigen, man möchte sagen — unerhörten Satz hätte Pomponius in so verschrobener Weise ausdrücken sollen, daß man ihn gleichsam erst errathen muß!

Denn Pomponius sagt ja nur: wenn der versprochene Sclave vor dem zur Uebergabe bestimmten Tage sterbe, so wird der Schuldner nicht gehalten, non tenetur, nämlich in obligatione.

Zum mindesten hätte man dann doch, um für die v. Vangerow'sche argumentatio a contrario nur einigermaßen einen Anhaltspunkt zu haben, erwartet, daß Pomponius statt non tenetur promissor gesagt hätte per promissorem non stetisse videtur.

Zu allem Ueberfluß läßt uns aber Pomponius, wie er in dieser Beziehung gedacht habe, durchaus nicht in Zweifel. Denn in einer andern Stelle, fr. 23 V. O. 45, 1, die gleichfalls wie die unsere

seinem Sabinus-Commentare entnommen ist, und zwar aus dem 20. Buch, heißt es:

> Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eum mihi dares; quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

Hier sagt Pomponius doch so bestimmt, wie nur möglich, daß der Schuldner nur in zwei Fällen für den Tod des Sclaven aufzukommen habe, nämlich im Falle der Mahnung und der Verschuldung. Damit ist aber gleichzeitig ausgesprochen, daß die bloße Nichtinnehaltung des Termines den Schuldner noch nicht für Zufall verantwortlich mache.

Wäre also die v. Vangerow'sche Erklärung von fr. 33 V. O. richtig, so müßte man schon annehmen, daß Pomponius mit sich selber in Widerspruch gerathen sei. Man sieht, die Bedenken häufen sich.

Ich glaube, wir müssen uns zunächst darüber klar werden, was Pomponius mit unserer Stelle eigentlich hat sagen wollen, bevor wir vom argumentum a contrario Gebrauch machen.

Pomponius sagt: wenn ein Sclave, dessen Hingabe an einem bestimmten Tage versprochen worden, vor diesem Tage sterbe, so werde der promissor nicht in der Obligation festgehalten.

Das scheint eine ziemlich triviale Bemerkung zu sein, und doch ist sie es nicht vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus.

In einer anderen Stelle seines Sabinus-Commentars, und zwar im 26. Buche, fr. 12 de accept. 46, 4, äußert sich nämlich Pomponius über die Acceptilatio in folgender Weise:

> Quod in diem, vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli potest, sed ita id factum apparebit, si conditio stipulationis extiterit, vel dies venerit.

Hiernach kann also eine betagte Stipulation zwar wohl durch Acceptilatio aufgehoben werden, aber die Acceptilatio wirkte nicht sofort, sondern erst si stipulationis dies venerit, bis dahin mußte man also sagen tenetur promissor.

v. Scheurl[8]) sucht diesen Satz so zu erklären, daß die Acceptilatio nicht sowohl Erlaß der Schuld, als Erlaß der Schuldabtragung

---

[8]) Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871, S. 150.

sei. Allein mich dünkt: wer eine Schuld erläßt, erläßt damit die Schuldabtragung; und wer eine Schuldabtragung erläßt, erläßt damit die Schuld.

Wenn aber eine Acceptilatio bei betagten Stipulationen nicht sofort, sondern erst mit Eintritt des dies wirkte, konnte da nicht die Ansicht auftauchen, daß Untergang der Sache mit Acceptilatio in dieser Beziehung gleich zu behandeln sei?

Daß es aber wirklich eine Zeit gab, wo sich derartige Erwägungen geltend machten, darauf scheint mir eine Aeußerung des Sabinus zu deuten, die uns noch erhalten ist.

fr. 105 V. O. 45, 1.

> mortuus est Dama, au putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debebat, solveret, continuo eum debito liberari.

Hiernach soll also der Tod des Sclaven den Schuldner *sofort* befreien. Zu diesem continuo läßt sich doch kaum ein anderer Gegensatz denken, als: nicht erst nach einiger Zeit. Wendet man demnach diesen Ausspruch des Sabinus auf betagte Stipulationen an, so heißt er hier: durch Tod des Sclaven wird der Schuldner sofort befreit, nicht erst mit Eintritt des dies.

Die Frage, ob eine betagte Stipulatio durch Untergang der Sache sofort, oder erst mit dem Eintritt des dies aufgehoben werde, war nicht ohne practisches Interesse. Unter der letzteren Voraussetzung konnte eine solche Stipulation auch nach Untergang der Sache noch zu einer neuen Stipulation den Stoff hergeben. Diese Ansicht wurde indes von der Römischen Rechtswissenschaft verworfen, und auch hier ist es Sabinus, auf den man sich noch später berief[9]).

Betrachten wir uns jetzt einmal wieder unser fr. 33.

Pomponius sagt hier: wenn der zu einem bestimmten Tage versprochene Sclave vor diesem Tage sterbe, so werde der promissor nicht festgehalten. Das heißt den obigen Ausführungen zufolge: die Obligation wird sofort aufgehoben, nicht erst mit Eintritt des dies.

Jetzt wären noch zwei Stellen zu betrachten, die dafür angeführt

---

[9]) fr. 83, § 7, V. O. 45, 1.

sind, daß sich die Rechtsregel dies interpellat pro homine nicht aus dem Corpus Juris nachweisen lasse, und auf die ich deshalb etwas näher eingehen muß, weil ich mich mit der Mommsen'schen Auslegung nicht einverstanden erklären kann.

Paulus fr. 49, § 3, V. O. 45, 1.

Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.

Mommsen, S. 94, bemerkt zu dieser Stelle:

„Der Jurist macht seine Entscheidung nicht mit ausdrücklichen Worten davon abhängig, daß der Sclave vor dem Erfüllungstage gestorben sei; doch hebt er auch nicht hervor, daß es auf die Zeit des Todes nicht ankomme, und so läßt sich denn, ohne daß es als irgend gezwungen erscheint, supponiren, daß der Jurist an einen vor dem dies eingetretenen Tod des Sclaven gedacht, und die Worte ante diem auch auf den zweiten Theil des Vordersatzes bezogen habe."

Dem gegenüber muß ich behaupten, daß es allerdings als sehr gezwungen erscheint, wenn man ante diem mit auf den Satz servus decesserit bezieht. Alles, was man zugeben kann, ist dies, daß Paulus es unbestimmt gelassen hat, ob der Sclave vor oder nach dem dies gestorben sei, mithin seine Entscheidung beide Fälle treffe.

Daß dann keine wirksame Mahnung vorliege, wenn sowohl die Mahnung als der Tod des Sclaven vor dem dies erfolgte, ist ziemlich selbstverständlich, und ich vermag nicht einzusehen, weshalb man Paulus ohne Noth eine solche Trivialität unterschieben will.

Paulus will sagen: liegt ein Schuldverhältnis mit bestimmter Erfüllungszeit vor, so darf die Mahnung, um wirksam zu sein, nicht vor dem Erfüllungstage erfolgen, am Erfüllungstage selber geht schon an [10]), nur nicht vorher.

Es fragt sich aber, ob dieser Satz noch für das heutige Recht richtig ist.

Unterscheiden wir zunächst die beiden Fälle, ob der Gläubiger sich an einem bestimmten Tage beim Schuldner, oder dieser sich bei jenem einzufinden habe.

Hat der Gläubiger sich an einem bestimmten Tage beim Schuldner

---

[10]) fr. 3 de in lit. jur. 12, 2; fr. 37 Mand. 17, 1; fr. 114 V. O. 45, 1.

einzufinden, so hat dies nicht den Sinn, daß der Gläubiger an diesem Tage kommen **kann**, sondern den, daß er an diesem Tage kommen **muß**. Wird also ein Wechsel vor diesem Tage zur Zahlung präsentirt, so ist das eine völlig wirkungslose Rechtshandlung. Der Schuldner braucht sich nicht daran zu kehren, und kann dem Gläubiger erwidern, er möge am Zahlungstage wieder kommen.

Hat der Schuldner sich beim Gläubiger an dem bestimmten Tage einzustellen, so greift für gewöhnlich die Rechtsregel dies interpellat pro homine Platz. Es kann sich also nur fragen, ob in den Ausnahmefällen, die nicht unter die betreffende Rechtsregel fallen, eine Mahnung vor dem Erfüllungstage wirksam sei. In dieser Beziehung wüßte ich indes wahrlich keinen Grund ausfindig zu machen, warum es sich nach heutigem Rechte anders, als nach Römischem Rechte verhalten sollte; werde jedoch auf diese Frage noch zurückkommen [11]).

Windscheid a. a. O. § 279, Anm. 4, meint, unsere Stelle setze voraus, daß Leistung gerade zu der Zeit der Mahnung verlangt werde. Allein Paulus sagt allgemein, daß die Mahnung vor dem Erfüllungstage erfolgt sei, nicht wie diese Mahnung beschaffen war; und ich vermag nicht einzusehen, warum man eine allgemein redende Stelle nicht auch allgemein verstehen will. Es kann also keinen Unterschied machen, ob die vorzeitige Mahnung auf vorzeitige oder rechtzeitige Erfüllung ging.

Zum Schluß soll noch auf folgende Stelle eingegangen werden.

fr. 47 A. E. V. 19, 1.

Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit: cum igitur testator in poenam commiserit neque heres ejus reliquam materiam exhibuerit an et in poenam et in usuras conveniri possit; praesertim cum emptor mu-

Lucius Titius hat eine Baumaterialienlieferung übernommen; das Geld ist im voraus bezahlt. Für den Fall, daß die ganze Gegenleistung nicht innerhalb bestimmter Fristen beschafft würde, ist eine Strafe vereinbart. Ein Theil der Lieferung erfolgt noch, darauf stirbt der Verkäufer. Da demnach der Testator der Strafe verfallen, auch der Erbe den Rest der Materialien nicht liefert, so entsteht die Frage,

---

[11]) Vgl. unten § 53.

tuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? Paulus respondit ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse, in actione quoque ex empto officio judicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.

ob sowohl auf die Strafe wie auf Zinsen geklagt werden könne, zumal der Käufer das Geld angeliehen und hohe Zinsen bezahlt hat. Paulus antwortete: aus dem Contracte, um welchen es sich handle, könne auch der Erbe des Verkäufers auf die Strafe belangt werden; ferner gehöre es bei einer Kaufklage zur Befugnis des Geschwornen, nach erfolgter Mahnung auf die Verzinsung des Kaufpreises Rücksicht zu nehmen.

Was zunächst den Text anbetrifft, so kommt der Ausdruck repraestare überall nur zweimal vor: einmal hier und einmal in fr. 23 pr. ad Sc. Trebellianum 36, 1. Wenigstens hat Forcellini nur diese beiden Stellen. Schon Cujarius[12]) hat an dem Ausdruck Anstoß genommen und will beide Male statt repraestare lesen repraesentare. Allein diese Textänderung würde in unserer Stelle kaum einen vernünftigen Sinn geben, denn repraesentare bezeichnet ein Leisten vor der bestimmten Zeit. Nun soll aber doch die Conventionalstrafe erst dann verfallen sein, wenn zur bestimmten Zeit nicht geliefert wird; noch vorher zu liefern, dazu ist der Verkäufer in keiner Weise verpflichtet. Ich vermag auch nicht einzusehen, weshalb man ein Wort aus der Lateinischen Sprache entfernen will, weil es nur zwei Mal vorkommt. Repraestare heißt gegenleisten und gibt in unserer Stelle einen sehr guten Sinn; die Vorsylbe re hat hier dieselbe Bedeutung wie etwa in repromittere, restipulari u. s. w.

Statt conveniatur schlägt Theodor Mommsen committatur vor. Auch für diese Textesänderung vermag ich keinen Grund einzusehen. Committatur wäre vielleicht genauer gesprochen. Man kann aber doch nicht sagen, daß der Text der Florentina sinnlos sei. Denn wörtlich übersetzt ist hier dies gesagt: „Lucius Titius hat eine Baumaterialienlieferung unter bestimmter Strafe übernommen, dergestalt, daß eine Strafe vereinbart wird, falls die ganze Lieferung nicht innerhalb bestimmter Fristen beschafft würde.“ Das ist doch immerhin zu

[12]) a. a. O. III. 62 A.

verstehen, wenn Paulus sich auch gerade nicht sehr schön ausgedrückt hat.

Der Fall, mit dem sich unsere Stelle beschäftigt, ist dieser. Lucius Titius hat eine Lieferung Baumaterialien verkauft. Für den Fall, daß die Lieferung nicht rechtzeitig erfolge, ist eine Conventionalstrafe stipulirt. Diese Conventionalstrafe soll das Interesse darstellen, welches der Käufer an der rechtzeitigen Lieferung hatte. Nun will aber der Käufer den Handel überhaupt aufheben, und den im voraus bezahlten Kaufpreis wieder zurück haben. Er kann indes trotz Mahnung sein Geld nicht wieder erhalten. Diese Eventualität ist bei Verabredung der Strafe augenscheinlich nicht mit in's Auge gefaßt, sie hat nur den Schaden umfassen sollen, der durch nicht rechtzeitige Lieferung der Baumaterialien zugefügt werde; das zeigt schon der Wortlaut: si non integras repraestaverit intra statuta tempora. Wenn daher der Käufer mit der actio ex empto Aufhebung des Kaufgeschäftes und folgeweise Zurückzahlung des Kaufpreises verlangt, so greifen die gewöhnlichen Grundsätze Platz, ohne daß die Verabredung einer Conventionalstrafe irgendwie im Wege stände. Wie überhaupt bei den gutgläubigen Klagen, so hat auch in diesem Falle der Geschworne von der Mahnung an Zinsen zuzuerkennen.

Mommsen[13]) meint, davon, daß der Käufer den Kaufpreis zurückfordern und vom Kaufvertrage zurücktreten wolle, käme nicht die geringste Andeutung in der Stelle vor. Allein die Strafe wird doch mit der Klage aus der Stipulation eingefordert, wie Mommsen selber annimmt. Was sollte dann aber den Gegenstand der actio ex empto bilden? Die Zinsen allein doch wohl schwerlich. Denn diese gehörten zum officium judicis, und konnten allein mit einer actio ex empto ohne weiteres gar nicht eingeklagt werden[14]).

Mommsen meint ferner, die Verpflichtung sei in der Weise eingegangen, daß die Conventionalstrafe nicht dazu bestimmt war, die Leistung selbst zu vertreten, sondern neben derselben in Anspruch genommen werden konnte. Auch das muß ich bestreiten. Unser Fall liegt nur insofern eigenthümlich, als nicht bloß die Leistung, sondern auch die im voraus beschaffte Gegenleistung zu berücksichtigen war.

Man sieht also, daß auch diese Stelle mit unserer Frage genau genommen nichts zu thun hat.

---

[13]) a. a. O. S. 91 fgg.

[14]) Vgl. unten § 61, Text zu Anm. 2.

§ 15.
Die Mahnung äußert da keine Wirkungen, wo deren Geltendmachung als eine Unanständigkeit erscheinen würde.

Hierher gehört zunächst das Schenkungsversprechen, worüber Modestin in fr. 22 de don. 39, 5, sich so ausspricht:

> Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime quum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

Modestin gibt zwei Gründe an, weshalb derjenige, welcher eine Summe Geldes schenkweise versprochen, keine Mahnungszinsen zu erstatten habe. Der eine Grund ist heutzutage weggefallen, die summa aequitas ist stehen geblieben.

Was von den Zinsen gilt, muß aber ebenso gut von allen übrigen Wirkungen der Mahnung gelten, sofern sie hier in Betracht kommen können. Es liegt kein Grund vor, wie gewöhnlich geschieht[1]), hier für Zinsen eine Besonderheit anzunehmen. Die summa aequitas verlangt z. B. für Früchte hier ganz die nämliche Entscheidung wie für Zinsen.

Aehnlich wie das Schenkungsversprechen steht das einem Ehemanne oder Bräutigam gemachte Versprechen einer Mitgift da. Denn so weit hier der Ehemann seiner Ehefrau nicht verantwortlich wird, wenn er die Beitreibung unterläßt[2]), so weit wird er seinerseits auch keine Wirkungen der Mahnung in Anspruch nehmen können.

Schließlich will ich hier noch folgender Stelle gedenken.

fr. 3, § 4, Us. 22, 1.

> Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit, tractari solet, plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque refecta fideicommissa solverentur aut alimenta praestarentur, non oportere frustrationem impunitam esse responderi oportet: quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usurae ideoque non exigentur.

---

[1]) So auch von Mommsen a. a. O. S. 241.

[2]) Vgl. fr. 33 J. D. 23, 3.

Es handelt sich hier um vermachtes Gold- oder Silbergeschirr, das dem Vermächtnisnehmer Mahnung ungeachtet nicht herausgegeben ist. Bei der Frage, ob Mahnungszinsen verlangt werden können, wird unterschieden, ob eine Veräußerung dem Sinne des Testators gemäß gewesen wäre oder nicht. Hätte die Absicht obgewaltet, dem Vermächtnisnehmer ein Andenken zuzuwenden, bei dessen Gebrauch er des selig Entschlafenen gedenken möge, so kann er ohne Erröthen keinen Zinsenanspruch erheben und deshalb auch nicht klagend geltend machen.

Die Entscheidung rührt von Papinian her und mag gleichzeitig als Ausfluß von dessen Lebensanschauung betrachtet werden: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est [3]).

§ 16.
Ergebnis.

So hat sich denn folgendes herausgestellt.

Bei dinglichen Ansprüchen äußert die Mahnung keine Wirkung. Aber auch im Obligationenrecht gibt es große Gebiete, wo kein Raum für dieselbe ist.

Vor allen Dingen beschränkt sich die Mahnung vorzugsweise auf solche Obligationen, bei deren Erfüllung es einer Mitwirkung von Seiten des Gläubigers bedarf.

Ferner fallen die Wirkungen der Mahnung da fort, wo deren Geltendmachung als eine Unanständigkeit erscheinen würde.

Auf dem Gebiete, welches hiernach für unsere Mahnung übrig bleibt, macht ihr im heutigen Rechte die Rechtsregel dies interpellat pro homine Concurrenz. Denn so weit diese Rechtsregel Anwendung findet, kann von unserer Mahnung keine Rede sein.

Ueberhaupt haben wir daran festzuhalten, daß unsere Mahnung nur insofern wirksam wird, als die Nachtheile, welche das Recht mit derselben verknüpft, nicht schon ohnehin eintreten.

Will man demnach ein ganz getreues Bild von dem Gebiete der Mahnung haben, so müßte man jede einzelne Obligationengattung be-

---

[3]) fr. 15 de cond. inst. 28, 7. — Vgl. auch fr. 11, § 3, ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

trachten und sich fragen: welche Wirkungen hat der Verzug von selber und welche bleiben noch für die Mahnung übrig?

Eine derartige Arbeit hier zu liefern, liegt mir ferne: denn das hieße nichts anders, als ein halbes Obligationenrecht schreiben.

Jedoch um zwei Obligationengattungen mußte ich mich in dieser Beziehung näher kümmern, nicht bloß weil Mommsen sie mit Unrecht ganz vom Gebiete unserer Mahnung ausgeschlossen hat, sondern auch weil die richtige Auffassung der Mahnung wesentlich mit davon abhängt, daß wir uns über ihr Verhältnis zu diesen Obligationen klar wurden.

So meint Mommsen, daß unsere Mahnung bei den Obligationen nicht in Betracht kommen könne, die von Anfang an auf's Interesse gingen.

Dieser Satz ist nur unter einer doppelten Einschränkung richtig: nämlich nur so weit die Mahnung einen Interesseanspruch erzeugt, und so weit die fraglichen Obligationen das Verzugsinteresse schon von Anfang an mit umfassen.

Wichtiger waren für uns die nur auf's Interesse angelegten Obligationen, das sind Obligationen, die zwar von Anfang an auf's Interesse gehen können, aber nicht nothwendig gehen. Hier ist für die Entstehung des Interesseanspruches der Zeitpunkt der Fälligkeit das Entscheidende. Die Wirkung der Mahnung erscheint in dieser Beziehung nur als Ausfluß eines höheren Principes: sie wirkt nur, wenn und so weit sie die Fälligkeit der Obligation herbeiführt.

Ferner betrachteten wir die Obligationen, welche bei nicht rechtzeitiger Erfüllung aufgehoben werden, bezw. aufgehoben werden können, und unterschieden drei Classen.

Unsere Mahnung ist nur ausgeschlossen bei den verhältnismäßig seltenen Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung von selber aufgehoben sind.

Bei den Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung vom Gläubiger aufgehoben werden können, ohne daß es einer Kündigung bedarf, greift die Mahnung in dem Falle ein, wenn der Gläubiger auf Erfüllung besteht.

Endlich bei denjenigen Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung durch Kündigung des Gläubigers aufgehoben werden können, wird die Mahnung auch insofern von Bedeutung, als sie diese Kündigung regelmäßig vorbereitet. In der Regel ist nur eventuelle mit Mahnung und Fristbewilligung verbundene Kündigung zulässig.

Endlich sahen wir noch, daß bei diesen beiden letzten Classen die Rechtsregel dies interpellat pro homine nicht vollständig zur Anwendung kommen konnte.

Denn da bei den einen Obligationen die Kündigung regelmäßig der Mahnung eventuell cumulirt werden muß, wird sich regelmäßig nur der Gläubiger auf diese Rechtsregel berufen können, der Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangt.

Und da bei den andern Obligationen, wer auf der Erfüllung bestehen will, mahnen muß, wird sich regelmäßig nur der Gläubiger auf diese Rechtsregel berufen können, der Aufhebung, sei es mit oder ohne Schadensersatz wegen Nichterfüllung, verlangt.

Hierbei ist aber nicht außer Acht zu lassen, daß die Regel dies interpellat pro homine nur bei solchen Obligationen Platz greift, wo der Schuldner die Leistung beim Gläubiger vorzunehmen hat. Muß der Gläubiger sich beim Schuldner einfinden, so ist dies Sicheinfinden nichts anders als Mahnung.

Endlich ist noch zu bemerken, daß ich bei der hier vorgenommenen Gebietsabgrenzung mehr das heutige als das Römische Recht vor Augen gehabt habe. Beide Rechte weichen in dieser Beziehung wesentlich von einander ab. Denn wie überhaupt das Römische Obligationenrecht ein ganz anderes Gepräge hat, als das heutige; so tritt dies auch bei unserer Mahnung hervor.

Freilich müssen wir uns über diesen Unterschied klar werden. Es muß also noch auf die Frage eingegangen werden: welchen Umfang die Mahnung im Römischen Rechte hatte. Dies wird aber besser dann geschehen, wenn wir von den Wirkungen gehandelt haben.

So viel hier vom Gebiet der Mahnung.

Neuerdings hat Th. Brackenhöft das Gebiet der Mora des Schuldners in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XV., S. 122—206, zum Gegenstand einer eignen Abhandlung gemacht. In diesem Abschnitte wäre der Ort gewesen, auf die hier entwickelten Ansichten näher einzugehen. Ich würde dies auch gerne gethan haben, es ist mir indes nicht möglich gewesen, den Brackenhöft'schen Ansichten ein Verständnis abzugewinnen.

Vierter Abschnitt.

Einleitung.

§ 17.

Begriffsbestimmung der Mahnung.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung nunmehr vorzunehmen.

Als Hauptgebiet der Mahnung lernten wir diejenigen Obligationen kennen, wo die Erfüllung durch eine Zahlung an den Gläubiger erfolgt. Die Erfüllung setzt sich hier zusammen aus einer Oblation der schuldigen Leistung von Seiten des Schuldners und einer Annahme dieser schuldigen Leistung von Seiten des Gläubigers. Die Verpflichtung des Schuldners besteht hier also im Anbieten der schuldigen Leistung.

Wollen wir nun in der Begriffsbestimmung mitspüren lassen, wo wir das Hauptgebiet der Mahnung zu suchen haben, so können wir dieselbe füglich so fassen.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung nunmehr vorzunehmen, insonderheit anzubieten.

Mommsen, S. 38, faßt die Mahnung als eine Erklärung des Gläubigers an den Schuldner auf, welche einen bestimmten deutlichen Ausdruck des auf nunmehrige Erfüllung der Obligation gerichteten Willens des Gläubigers enthalte.

Bei dieser Begriffsbestimmung ist indes unbeachtet gelassen, daß sich das Gebiet der Mahnung vorzugsweise auf diejenigen Obligationen erstreckt, bei deren Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist.

Die Mahnung kommt also hauptsächlich bei solchen Obligationen vor, die durch eine zweiseitige Handlung aufgehoben werden.

Die Verpflichtung des Schuldners besteht hier aber nicht darin, zu erfüllen, er hat nur nöthig, die Leistung anzubieten. Die Leistung anzunehmen, ist wieder Sache des Gläubigers.

Mehr als Anbieten kann hier vom Schuldner nicht verlangt werden. Ein gemahnter Schuldner, der sofort anbietet, macht also die Mahnung wirkungslos.

Mehr als Anbieten ist hier einem Schuldner auch gar nicht möglich. Denn ob dies Anbieten zur Erfüllung führen werde, hängt vom Willen des Gläubigers ab.

Weiter habe ich an Mommsen auszusetzen, daß der öconomische Zweck, dem die Mahnung dient, mit in die Begriffsbestimmung hineingezogen ist.

Wenn z. B. Jemand die Begriffe Eigenthum, Servitut, Pfandrecht, Obligation, Bürgschaft u. s. w. bestimmen will, so muß er den öconomischen Zweck, dem diese Begriffe dienen sollen, zunächst ganz bei Seite lassen. Denn Begriffsbestimmung ist weiter nichts als Zerlegung eines Begriffes in andere.

So ist z. B. Bürgschaft: Eingehung einer Nebenverpflichtung; Pfandrecht dagegen: ein Dritten gegenüber geschütztes Recht auf Veräußerung einer Sache u. s. w., wenn eine Forderung nicht bezahlt wird. Beide Begriffe dienen aber demselben Zwecke, nämlich Sicherstellung des Gläubigers. Und dieser Zweck kann noch auf andere Weise erreicht werden, so durch Eigenthumsübertragung, Cession, Indossament, Eingehung einer Hauptverpflichtung, z. B. Ausstellung eines Wechsels u. s. w. Also der öconomische Zweck darf nicht in die Begriffsbestimmung hineingezogen werden.

Betrachten wir uns nun unsere Begriffsbestimmung der Mahnung, so haben wir statt des einen Begriffes folgende erhalten:

1) einen Gläubiger und Schuldner,

2) eine schuldige Leistung,

3) eine Aufforderung, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten.

Dem entsprechend wird dieser Abschnitt folgende Unterabtheilungen erhalten.

In einer Abtheilung werden wir uns mit den Personen beschäftigen müssen, für und gegen welche eine Mahnung wirkt.

Dieser ersten Abtheilung wird sich dann noch eine andere anschließen, worin verschiedene Voraussetzungen, die man für unsere Mahnung in der Person des Schuldners verlangt hat, zurückzuweisen sind.

In der dritten Abtheilung soll von der schuldigen Leistung gehandelt werden.

Und hierauf werden wir uns mit der Beschaffenheit der Mahnung zu beschäftigen haben.

Damit soll indes keineswegs gesagt sein, daß wir uns um den öconomischen Zweck, den die Mahnung verfolgt, gar nicht zu bekümmern hätten. Dieser öconomische Zweck ist für die systematische Anordnung des Rechtsstoffes im Ganzen und das Verständnis der Rechtsbegriffe im Einzelnen sogar sehr wichtig. Nur darf dieser öconomische Zweck nicht mit der Begriffsbestimmung vermengt werden.

Ehe wir daher die einzelnen Begriffe, in welche wir unsere Mahnung aufgelöst haben, weiter verfolgen, soll von diesem Zwecke der Mahnung gehandelt werden.

§ 18.

Zweck der Mahnung.

Zweck der Mahnung ist, die Aufhebung einer Obligation herbeizuführen. Sie gehört demnach zur Classe derjenigen Erklärungen, die den nämlichen Zweck verfolgen, und von denen wir sie daher abzugrenzen haben.

Man kann sämmtliche auf Aufhebung einer Obligation gerichtete Erklärungen unter dem Namen Kündigung zusammenfassen. Die Kündigung kann sowohl vom Gläubiger als vom Schuldner erfolgen. Betrachten wir uns zunächst die erstere.

Um von dem Umfang dieser Kündigung eine Anschauung zu gewinnen, müssen wir die Obligationen in verschiedene Classen theilen. Folgende vier kommen dabei vornämlich in Betracht.

Erste Classe.

Es gibt Obligationen, die zu ihrer Aufhebung weiter nichts bedürfen, als eine hierauf gerichtete Erklärung.

Dies ist wieder in verschiedener Weise denkbar.

1. Die Erklärung darf zu jeder beliebigen Zeit vom Gläubiger abgegeben werden.

A hat z. B. dem B Auftrag gegeben, für ihn ein Grundstück

zu kaufen. So lange noch res integra, kann dieser Auftrag von A jederzeit widerrufen werden.

2. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu jeder beliebigen Zeit vom Gläubiger abgegeben werden.

A und B sind z B. einen Gesellschaftsvertrag in der Weise eingegangen, daß es nach Ablauf von fünf Jahren jedem Gesellschafter freistehen soll, den Gesellschaftsvertrag zu jeder beliebigen Zeit aufzuheben.

3. Die Erklärung darf nur zu bestimmten Zeiten abgegeben werden.

Man denke z. B. an den Meister, der jeden Sonntag seine Gesellen verabschieden kann.

4. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer mehr unbestimmten Zeit oder nur zu mehr unbestimmten Zeiten abgegeben werden.

So muß z. B. ein Schiffer, welcher auf unbestimmte Zeit angestellt ist, sobald er eine Reise angetreten hat, in dem Dienst verbleiben, bis das Schiff in den Heimathshafen oder in einen inländischen Hafen zurückgekehrt und die Entlöschung erfolgt ist[1]).

Zweite Classe.

Es gibt Obligationen, die zu ihrer Aufhebung außer einer hierauf gerichteten Erklärung noch den Ablauf einer bestimmten oder mehr unbestimmten Zeit erfordern.

Auch dies ist wieder in verschiedener Weise denkbar.

1. Die Erklärung darf zu jeder beliebigen Zeit abgegeben werden.

Z. B. ein Gesellschaftsvertrag ist in der Weise auf vierteljährige Kündigung eingegangen, daß diese Kündigung jeder Zeit zulässig ist.

2. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu jeder beliebigen Zeit abgegeben werden.

Z. B. ein Gesellschaftsvertrag ist in der Weise eingegangen, daß erst nach Ablauf von fünf Jahren eine vierteljährige Kündigung jeder Zeit zulässig ist.

3. Die Erklärung darf nur zu bestimmten Zeiten abgegeben werden.

Man denke z. B. an die Dienstboten, die auf vierteljährige Kündigung stehen, aber nur in den üblichen Quartalen gekündigt werden können.

4. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer mehr unbestimmten Zeit oder nur zu mehr unbestimmten Zeiten abgegeben werden.

---

[1]) H. G. B. Art. 521.

z. B. ein Miethsvertrag ist auf eine Reihe von Jahren fest abgeschlossen, falls indes der Miether, der Militär ist, versetzt würde, muß sich der Vermiether eine vierteljährige Kündigung gefallen lassen.

Dritte Classe.

Es gibt Obligationen, die zu ihrer Aufhebung außer einer hierauf gerichteten Erklärung noch Oblation der Leistung vom Schuldner und Annahme dieser Leistung vom Gläubiger verlangen.

Auch hier sind wiederum verschiedene Fälle möglich.

1. Die Erklärung darf zu jeder beliebigen Zeit abgegeben werden.

z. B. ein Gläubiger kann sein Darlehen zu jeder Zeit zurückfordern.

2. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu jeder beliebigen Zeit abgegeben werden.

z. B. ein Gläubiger kann ein am 5. März 1870 hingegebenes Darlehen vom 5. März 1871 an zu jeder beliebigen Zeit zurückfordern.

3. Die Erklärung darf nur zu bestimmten Zeiten abgegeben werden.

z. B. ein Gläubiger kann sein Darlehen den ersten eines jeden Monats zurückfordern.

4. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit und dann nur zu bestimmten Zeiten abgegeben werden.

z. B. ein Gläubiger kann ein am 5. März 1870 hingegebenes Darlehen vom 5. März 1871 an den ersten eines jeden Monates zurückfordern.

5. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer mehr unbestimmten Zeit zu jeder beliebigen Zeit abgegeben werden.

z. B. ein Gläubiger hat Jemand zu seinem Etablissement in der Weise Geld dargeliehen, daß dieses Geld zu jeder beliebigen Zeit zurückgefordert werden kann, sobald der Schuldner, ohne sich zu sehr zu schwächen, hierzu im Stande ist.

6. Die Erklärung darf erst nach Ablauf einer mehr unbestimmten Zeit zu bestimmten oder mehr unbestimmten Zeiten abgegeben werden.

Denken wir uns also im vorigen Falle, daß das Geld immer nur am 1. Januar zurückgefordert werden könne.

Vierte Classe.

Es gibt Obligationen, die zu ihrer Aufhebung außer einer hierauf gerichteten Erklärung und dem Ablauf einer bestimten oder mehr un-

bestimmten Zeit noch Oblation der Leistung vom Schuldner und Annahme dieser Leistung vom Gläubiger verlangen.

Die Fälle sind hier gerade so mannigfaltig wie bei den andern Classen.

1. Ein Capital ist in der Weise auf halbjährige Kündigung ausgeliehen, daß diese Kündigung zu jeder Zeit statthaft ist.

2. Diese Kündigung ist erst nach Ablauf eines Jahres zu jeder Zeit statthaft.

3. Die Kündigung ist nur am ersten eines jeden Monates statthaft.

4. Die Kündigung ist erst nach Ablauf eines Jahres und auch dann nur am ersten eines jeden Monates statthaft.

5. Die Kündigung ist erst statthaft, sobald der Schuldner, ohne sich zu sehr zu schwächen, zur Rückzahlung des Darlehens im Stande ist.

6. Die Kündigung ist in dem unter 5 erwähnten Fall nur in den landesüblichen Terminen statthaft.

Betrachten wir uns nun diese vier Classen von Obligationen, so können wir nicht zweifelhaft sein, daß die dritte Classe auf unsere Mahnung Bezug hat.

Der Unterschied der dritten und vierten Classe besteht darin, daß die Erklärung des Gläubigers bei Fällen der dritten Classe sofort wirken kann, dagegen bei Fällen der vierten Classe erst nach Ablauf einer Zeit wirkt.

Der Unterschied der dritten Classe von den beiden ersten ist dagegen der, daß es dort zur Aufhebung der Obligation einer Oblation und Annahme der Leistung nicht bedarf.

Ich will zunächst unsere Mahnung von d e r Kündigung schärfer abgrenzen, welche wir bei den ersten beiden von uns gebildeten Obligationen-Classen angetroffen haben.

Diese Untersuchung wird gleichzeitig dazu dienen, das Gebiet der Mahnung überhaupt nach dieser Seite hin genauer zu begrenzen. Wir sahen ja schon, daß unsere Mahnung hauptsächlich nur bei den Obligationen vorkomme, bei deren Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers nothwendig war. Und diese Mitwirkung hatten wir uns näher so zu denken, daß der Gläubiger die ihm angebotene Leistung annehmen mußte.

Zu diesem Zwecke werden wir aber die einzelnen Obligationen etwas näher in's Auge fassen müssen, als gewöhnlich geschieht.

Betrachten wir uns einmal die Obligationenmasse, welche mit dem Ausdrucke Sach- und Dienstmiethe zusammengefaßt wird.

Hier müssen wir unterscheiden zwischen dem Vorvertrage, dem Miethsvertrage und den einzelnen aus dem Miethsvertrage hervorgehenden Ansprüchen.

Wenn ich mir z. B. eine Wohnung miethe, so ist noch kein Miethsvertrag vorhanden; ebensowenig wie schon ein Darlehensvertrag vorhanden ist, wenn Jemand mir verspricht, Geld zu leihen.

Zunächst ist nur ein Vorvertrag vorhanden. Es hat sich z. B. der X verpflichtet, mir zu Ostern eine Wohnung einzuräumen.

Dieser Vorvertrag wird dadurch aufgehoben, daß der Vermiether zu Ostern die Wohnung einräumt, und der Miether die Wohnung bezieht. Hier haben wir es also mit einer Obligation zu thun, die dem Gebiete unserer Mahnung angehört.

Gesetzt nun weiter, das Miethsverhältnis wäre auf Kündigung eingegangen, so haben wir es in dieser Beziehung mit einem Vertrag zu thun, der unter die ersten beiden Obligationen-Classen gehört.

Was dann wieder die einzelnen aus dem Miethsvertrage herrührenden Ansprüche anbetrifft, so wird wegen derselben theilweise unsere Mahnung anwendbar, z. B. bei dem Anspruche auf Rückgabe des vermietheten Grundstückes nach Ablauf der Miethszeit.

Aehnlich verhält es sich mit der Dienstmiethe.

Wenn sich z. B. ein Dienstbote vermiethet hat, so ist eine Mahnung dahin denkbar, daß der Dienstbote zuziehe.

Das Dienstverhältnis selber wird durch einfache Erklärung aufgehoben.

Anlangend die aus dem Dienstverhältnis entspringenden Verpflichtungen, so können wieder Mahnungen vorkommen.

So ist z. B. ein Dienstbote verpflichtet, seine Dienste anzubieten, sobald die Herrschaft ihn ruft, oder sobald sie klingelt. Dies Rufen oder Klingeln ist nichts anders als mahnen.

Sehen wir uns noch den Gesellschaftsvertrag an.

A und B schließen am 7. März 1870 einen Vertrag dahin ab, daß jeder zu einer mit dem 1. Januar 1871 in's Leben tretenden Gesellschaft tausend Thaler herschießen solle.

Dies ist ein Vorvertrag, in Bezug auf welchen unsere Mahnung anwendbar werden kann.

Der Gesellschaftsvertrag selber kann durch einfache Erklärung, sei es mit oder ohne Zeitablauf, aufgehoben werden.

Anlangend die einzelnen aus dem Gesellschaftsvertrage entstehenden Ansprüche, so können sie wiederum zum Gebiete der Mahnung gehören. Z. B. ein Gesellschafter mahnt den andern wegen des Geldes, das er auf seinen Reisen eincassirt hat.

Gehen wir jetzt über zu den Verschiedenheiten der dritten und vierten Classe.

Der Unterschied besteht, wie angegeben, darin, daß im einen Falle die Erklärung sofort wirken kann, dagegen im andern Falle erst nach Ablauf einer mehr oder weniger bestimmten Zeit wirkt.

Mommsen sucht freilich den Unterschied dieser Kündigung von unserer Mahnung in etwas anderem. Er meint [2]), die eigentliche Bedeutung dieser Kündigung bestehe darin, daß durch dieselbe der Zeitpunkt der Fälligkeit bestimmt werden soll.

Allein ein solcher Gegensatz ist nicht vorhanden. Denn ob ich nun Geld auf halbjährige Kündigung oder in der Weise ausgeliehen habe, daß ich es jeder Zeit zurückfordern kann: in beiden Fällen wird die Fälligkeit der Obligation durch meine desfallsige Erklärung erst herbeigeführt.

Im übrigen sind hier noch einige Erläuterungen erforderlich.

Wenn auch die Mahnung stets an sich sofort wirken kann, so ist es doch einerseits denkbar, daß der Gläubiger dem Schuldner noch eine kurze Frist einräumt; andererseits kann der Schuldner in Folge der Beschaffenheit der Leistung einen Anspruch auf Frist haben.

Ein Gläubiger fordert z. B. seinen Schuldner auf, eine Schuld binnen acht Tagen zu berichtigen, deren Bezahlung er sofort verlangen könnte. Eine derartige Mahnung enthält die Erklärung, daß die Wirkungen derselben erst nach Ablauf von acht Tagen anfangen sollen.

Das ist also zulässig, daß der Gläubiger die nachtheiligen Wirkungen der Mahnung hinausschiebt. Doch hat auch diese Befugnis ihre Grenzen. Die Frist darf keine solche Weite haben, daß der Zweck der Mahnung dabei außer Augen gesetzt zu sein scheint. Denn wenn z. B. ein Gläubiger in der Weise mahnen wollte, daß der Schuldner nach zehn Jahren bezahle, so wäre eine derartige Erklärung als Mahnung nichtig. Wer erst nach zehn Jahren sein Geld haben will, möge mit der Mahnung noch warten. Eine derartige Erklärung des Gläubigers könnte nur dadurch Bedeutung gewinnen, daß sie vom Schuldner

---

[2]) a. a. O. S. 49, 50, Anm. 16.

als Offerte eines Stundungsvertrages aufgefaßt, und als solche acceptirt würde.

Andererseits gibt es Fälle, wo der Schuldner Anspruch auf Frist hat. Z. B. ein Schuldner hat versprochen, einen Bau auszuführen. Hier kann eine Mahnung insofern sofort wirken, als der Schuldner alsbald mit dem Bau beginnen muß. Auf der andern Seite ist aber dem Schuldner zur Aufhebung der Obligation so viel Frist zu gewähren, als die Ausführung des Baues Zeit erfordert.

Ferner denke man an die Fälle, wo der Gläubiger auf beliebigen Widerruf dem Schuldner Credit ertheilt. Es geht z. B. Jemand in einen Laden und kauft sich verschiedene Sachen. Der Kaufmann sagt, mit der Bezahlung hätte es durchaus keine Eile. Was liegt hier vor? Der Verkäufer will die Zeit der Zahlung zunächst in das Ermessen des Käufers stellen. Andererseits will er das Heft aber auch nicht aus den Händen geben. Die Auslegung des Begriffes „keine Eile" behält der Kaufmann sich vor. Wenn ihm demnach der Käufer mit der Bezahlung zu lange wartet, so ist er jeder Zeit berechtigt, zu mahnen.

So richtig dies alles ist, so wahr ist es indes auch, daß der Kaufmann bis auf weiteres den Kaufpreis gestundet hat. Seine Absicht kann hierbei nicht die gewesen sein, daß der Käufer den Kaufpreis jeder Zeit für ihn in Bereitschaft halte. Das würde dem Begriff der Stundung hier widersprechen, denn dann würde ja der Käufer gewissermaßen Depositar für den Verkäufer sein müssen; was freilich mitunter z. B. bei Darlehen in laufender Rechnung beabsichtigt sein kann.

Daraus folgt, daß der Verkäufer, wenn der Käufer das Geld im Augenblick der Mahnung nicht in Bereitschaft hat, eine kurze Frist zu deren Herbeischaffung gewähren muß.

Der Käufer muß zwar möglichst bald Anstalten zur Herbeischaffung des Geldes treffen; er ist aber nicht verpflichtet, die Obligation sofort im Augenblicke der Mahnung aufzuheben. Denn weil er laut Inhalt der Obligation nicht nöthig hatte, das Geld stets bereit zu halten, muß ihm Zwecks Aufhebung der Obligation eine kurze Frist eingeräumt werden.

Es läßt sich nicht leugnen, daß Obligationen der letzteren Art den Obligationen der vierten Classe sehr nahe kommen können. Als Seitenstück zu dem zuletzt besprochenen Beispiel denke man sich z. B. einen Fall, wo ein Schuldner ein Darlehen auf 24stündige Kündigung in Händen hat. Man setze ferner, daß der Käufer ebenfalls 24 Stunden

nöthig hat, um das Kaufgeld herbeizuschaffen. Wo liegt hier eigentlich der Unterschied?

Allein ein Unterschied ist immer noch vorhanden. Denn hat der Käufer das Geld liegen, so muß er sofort zahlen; hat er es nicht liegen, so muß er Anstalt machen und das Geld sich zu verschaffen suchen.

Dagegen der Darlehensschuldner kann ruhig seine 24 Stunden abwarten, wenn er das Geld auch wirklich liegen hat. Andererseits ist er aber auf alle Fälle verpflichtet, die Aufhebung der Obligation nach 24 Stunden herbeizuführen, oder genauer, die Oblation nach 24 Stunden vorzunehmen.

Der Unterschied zwischen den Obligationen der dritten und vierten Classe läßt sich demnach genauer dahin angeben.

Bei den Obligationen der dritten Classe ist der Schuldner im Augenblicke der Erklärung des Gläubigers zur Oblation verpflichtet, es müßte denn der Gläubiger ihm eine Frist eingeräumt haben, oder die Beschaffenheit der Leistung dem Schuldner einen Anspruch auf Frist gewähren.

Dagegen bei den Obligationen der vierten Classe muß stets eine mehr oder weniger bestimmte Zeit zwischen der Erklärung des Gläubigers und der Oblation des Schuldners in der Mitte liegen.

Bisher haben wir freilich bei den Obligationen der vierten Classe nur solche Fälle in's Auge gefaßt, wo zwischen der Erklärung des Gläubigers und der Oblation des Schuldners eine ganz bestimmte Zeit in der Mitte lag. Man möchte vielleicht meinen, solche Fälle, daß eine mehr unbestimmte Zeit in der Mitte läge, seien hier gar nicht denkbar. Denn, so möchte man schließen wollen, soll in dieser Beziehung eine Kündigung auf unbestimmte Zeit überall Sinn haben, so müßte sich die Zeitdauer entweder aus der Beschaffenheit der Leistung entnehmen lassen, oder es müßte zum mindesten die Zeitdauer von der Willkür des Gläubigers abhängen; dann haben wir ja aber immer unsere Mahnung.

Ich will auch zugeben, daß bei den Obligationen der vierten Classe Kündigungen auf mehr unbestimmte Zeit nicht allzu häufig vorkommen werden, möglich sind sie aber gleichwohl.

Denn wenn auch der mahnende Gläubiger dem Schuldner nach seiner Willkür eine kurze Frist einräumen kann, so muß die Sache doch immer so liegen, daß die Mahnung sofort Wirkungen äußern konnte, weil sonst der Gläubiger noch gar nicht zur Mahnung berechtigt war.

Daneben bleiben indes noch Fälle denkbar, wo zwar einerseits die Frist zwischen Erklärung und Oblation mehr oder weniger von der Willkür des Gläubigers abhängt, andererseits aber die Erklärung schon zu einer Zeit abgegeben werden kann oder muß, wo sie nicht sofort Wirkungen äußern konnte.

Es ist z. B. Jemand verpflichtet, ein Darlehen Johannis 1871 zurückzuzahlen, wenn im Laufe des Jahres 1870 der Gläubiger ein derartiges Verlangen stellen sollte.

Hier hängt die Frist, welche zwischen Erklärung und Oblation verfließen soll, insoferne von der Willkür des Gläubigers ab, als er diese Erklärung sowohl am 1. Januar als am 31. December des Jahres 1870 abgeben darf. Gleichwohl wäre eine derartige Erklärung keine Mahnung, sondern eine Kündigung anderer Art.

Ob übrigens bei den Obligationen der vierten Classe nach Ablauf der Zeit, auf welche der Schuldner bis zur Oblation Anspruch hat, der Satz dies interpellat pro homine anwendbar werde, hängt davon ab, ob auch in anderer Beziehung alle Bedingungen für diese Rechtsregel vorhanden sind. Es ist auch möglich, daß bei diesen Obligationen die Kündigung unserer Mahnung nur die Wege ebnet.

Z. B. ein Kaufmann hat zehn Last Waizen von seinem Speicher verkauft; der Käufer ist verpflichtet, spätestens einen Tag vorher anzuzeigen, wann er seine Wagen schicken werde, damit der Verkäufer sich darauf einrichten könne. Hier sind zur Aufhebung der Obligation zwei Kündigungen erforderlich. Die erste Kündigung ist die Anzeige, die zweite Kündigung, wenn nämlich dann der Käufer Tags darauf erscheint, um den Waizen in Empfang zu nehmen, ist unsere Mahnung.

Hier wird also durch die eine Kündigung die andere, nämlich die Mahnung, vorbereitet. Daß umgekehrt auch die Mahnung eine andere Kündigung vorbereiten kann, haben wir bereits oben § 12 gesehen, wo wir überhaupt einen verwickelteren Fall der Kündigung betrachteten.

Werfen wir noch einen Blick auf den kündigenden Schuldner.

Die Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen, in denen die Kündigung hier auftritt, ist gerade so groß wie beim Gläubiger. Zu beachten ist, daß der Mahnung hier die Oblation entspricht.

Man denke z. B. an ein Darlehen, das der Gläubiger jeder Zeit zurückfordern, der Schuldner jeder Zeit zurückzahlen kann. Will hier der Gläubiger die Obligation aufheben, so muß er den Schuldner auffordern, das geliehene Geld anzubieten. Will der Schuldner die

Obligation aufheben, so muß er dem Gläubiger das Geld anbieten und diesen auffordern, dasselbe anzunehmen.

Wir sehen, Oblation und Mahnung reichen sich hier wiederum gegenseitig die Hände: beide erscheinen als Unterarten eines und desselben Gattungsbegriffes, der Kündigung.

Auch darauf mag hier hingewiesen werden, daß Obligationen, weil sie nur für eine mehr oder weniger bestimmte Zeit eingegangen sind, durch bloßen Zeitablauf aufhören. Hierzu eignen sich aber solche Obligationen nicht, wo es zur Erfüllung auf Seiten des Gläubigers einer Annahme und auf Seiten des Schuldners eines Anbietens bedarf. In diesen Fällen kann nun die Sache entweder so liegen, daß für den Schuldner nur unter der Voraussetzung nachtheilige Wirkungen eintreten, wenn gemahnt ist; und für den Gläubiger nur unter der Voraussetzung, daß offerirt ist. Es kann aber auch das Recht dem Schuldner zumuthen, daß er unaufgefordert anbiete (dies interpellat pro homine); oder dem Gläubiger, daß er sich zur Entgegennahme der Leistung unaufgefordert beim Schuldner einfinde (fr. 4, § 2, de per. et com. 18, 6).

Dann wäre noch zu beachten, daß das Recht nur an die Mahnung, beziehungsweise die Oblation nachtheilige Wirkungen geknüpft hat, die ihren Dienst versagen. Erfüllen beide ihren Zweck, heben beide die betreffende Obligation auf, so ist für den Rechtsgelehrten keine Arbeit mehr vorhanden.

Der Rechtsgelehrte ist überhaupt einem Arzte vergleichbar. Denn wie für diesen der menschliche Organismus vorzugsweise in seinem krankhaften Zustande Interesse bietet, so pflegt auch, wo der Rechtsgelehrte naht, das Vermögen der Menschen sich in einem krankhaften Zustande zu befinden.

So interessirt den Rechtsgelehrten auch vorzugsweise die kranke Mahnung; darüber dürfen wir nur nicht vergessen, daß es auch eine gesunde Mahnung gibt.

Fast scheint es aber, als ob sich die Wissenschaft bisher dieses Vergessens schuldig gemacht hätte. Und der Grund dieser Erscheinung steckt schon im Corpus Juris, ist darin zu suchen, daß man die Mahnung als einen „Entstehungsgrund der Mora" behandelte.

Ueberhaupt ist die Mahnung auf diese Weise in eine eigenthümliche Gesellschaft gerathen. Denn wenn wir uns die übrigen „Entstehungsgründe der Mora" wieder in's Gedächtnis zurückrufen, so

fanden wir als solche: Diebstahl, Gewaltthat, Litiscontestation, Freiheit, Minderjährigkeit, frommer Zweck. Hoffentlich wird unsere Mahnung sich nicht darüber beklagen, daß wir sie von dieser Genossenschaft erlöst haben.

Es ist aber nicht genug, daß wir den bisherigen Zusammenhang, in dem sich unsere Mahnung befand, lockerten: wir müssen auch dafür sorgen, daß sie anderweitig im System wieder untergebracht werde.

Haben wir indes unsere Aufgabe in dieser Beziehung nicht bereits erfüllt, indem wir nachwiesen, daß die Mahnung eine Unterart der Kündigung sei?

Allein wer im heutigen System den Begriff Kündigung suchen wollte, der kann lange suchen, ehe er alles beisammen findet. Man trifft sie überall und nirgends. Es leuchtet aber ein, daß auf diese Weise derselben ihr Recht nicht geschehen kann.

In dieser Beziehung denke ich mir die Sache nun so. Hinter dem Abschnitte, welcher jetzt von der Aufhebung der Obligation handelt, ist ein neuer Abschnitt mit der Ueberschrift „Kündigung" einzuschalten. In diesem Abschnitte wäre dann dieser wichtige Begriff nach allen Seiten hin zu betrachten; und eine besondere Beachtung verdienen die beiden Unterarten desselben: die Mahnung und Oblation.

Bisher brachte man sowohl die Mahnung als die Oblation beim Inhalte der Obligation unter. Und zwar durchschoß man die Mora des Schuldners gleichsam mit Gläubiger-Mora: erst handelte man von den Entstehungsgründen der einen, dann von den Entstehungsgründen der andern, hierauf von den Wirkungen und endlich von der Aufhebung beider.

In dieser Beziehung bietet nun W i n d s c h e i d jedenfalls insoferne eine Aenderung zum Bessern, als er sowohl die Mora des Schuldners [3]) als die Mora des Gläubigers [4]) jede für sich als ein besonderes Ganze betrachtet. Auch erörtert derselbe die Oblation schon bei der A u f h e b u n g des Forderungsrechts, und nur noch die Mahnung beim I n h a l t des Forderungsrechtes [5]). Das ist indes eine Halbheit. Nicht bloß die Oblation, auch die Mahnung und überhaupt die ganze Kündigung ist bei der Aufhebung der Obligation zu erörtern. Und weil es eine Halbheit, kann man diese W i n d s c h e i d'sche Neuerung auch eine Aenderung zum

---

[3]) Pandekten, Bd. II., § 276 fgg.

[4]) Pandekten, Bd. II., § 345 fgg.

[5]) Vgl. Pandekten, Bd. II, § 276, Anm. 3.

Schlechtern nennen. Denn auf diese Weise werden Oblation und Mahnung, die doch als Unterarten eines und desselben Gattungsbegriffes zusammen gehören, auseinander gerissen.

Erste Abtheilung.

Personen, für und gegen welche die Mahnung wirkt.

§ 19.

Voraussetzungen in der Person des Gläubigers.

Der mahnende Gläubiger muß handlungsfähig sein. Allein Handlungsfähigkeit ist ein relativer Begriff. Es fragt sich also, in welchem Sinne Handlungsfähigkeit verlangt werde.

Ein Kind kann jedenfalls nicht mahnen, da es für handlungsunfähig gilt [1]), ebenso wenig Wahnsinnige [2]).

Im Uebrigen haben wir für Unmündige eine Rechtsregel, welche so lautet:

> namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore [3]).

Nun lassen sich allerdings seltene Fälle denken, wo eine Mahnung für den Gläubiger nachtheilige Folgen haben kann. Es ist z. B. Geld bei einem Banquier zu einem guten Zinsfuße in der Weise sicher belegt, daß der Gläubiger es zwar zu jeder Zeit zurückfordern, der Schuldner es aber erst nach Jahren kündigen darf. Hier kann eine Mahnung allerdings für den Gläubiger von Nachtheil sein, wenn sich nämlich das Geld nicht wieder in ähnlicher Weise vortheilhaft unterbringen lassen sollte.

Das sind aber immer nur seltene Fälle. Von diesen seltenen Fällen sehe ich hier ab, und habe lediglich den regelmäßigen Fall vor Augen, wo die Mahnung nur vortheilhafte Wirkungen für den Gläu-

---

[1]) fr. 1, § 13, O. et A. 44. 7; § 10 de inut. stip. 3, 19: fr. 1 § 1, de adm. tut. 26, 7.

[2]) fr. 1, § 12, O. et A. 44, 7.

[3]) pr. J. de auct. tut. 1, 21.

biger äußert. Eine solche Mahnung kann jeder Unmündige ohne Zuziehung des Vormundes wirksam vornehmen.

Die Römer sind sogar so weit gegangen, einzelne Wirkungen der Mahnung bei minderjährigen Gläubigern ohne weiteres eintreten zu lassen, um wie viel mehr muß nicht eine Mahnung eines Unmündigen wirksam sein!

Ein kleiner Gläubiger von sieben Jahren kann seinen Schneider gültig wegen der Jacke mahnen, die er ihm zum Ausbessern hingebracht hat. Es ist gar nicht nöthig, daß zu diesem Zwecke erst der Vormund in Bewegung gesetzt werde. Der Vormund hat hier allerdings die Befugnis, seinen Mündel zu vertreten; es geht aber auch ohne ihn.

Ein kleiner Gläubiger von sieben Jahren kann ferner wirksam mahnen, daß ihm sein Robinson oder seine Grimm's Mährchen, die er ausgeliehen hat, zurückgegeben werden.

In demselben Umfange können Verschwender wirksam mahnen, nämlich so weit ihnen die Mahnung vortheilhaft ist[4]). Hiergegen wird man um so weniger etwas einwenden können, als den Verschwendern sogar gestattet ist, zu noviren, falls sie ihre Lage dadurch verbessern[5]).

Noch weit bedenkungsloser ist es, die Mahnung solcher Personen zuzulassen, die aus irgend einem andern Grunde gewisse Angelegenheiten nicht selbst besorgen können, als da sind Kranke und Gebrechliche, Taube und Stumme[6]).

Wo Geschlechtsvormundschaft besteht, hat die Gläubigerin nicht nöthig, zwecks Vornahme der Mahnung den Geschlechtsvormund zuzuziehen. Ich habe aber immer nur eine Mahnung im Sinne, die lediglich Vortheil bringt.

Wenn indes eine derartige Mahnung auch schon von allen solchen Handlungsfähigen gültig vorgenommen werden kann, welche die Fähigkeit haben, ihre Lage zu verbessern; so ist doch auf der andern Seite nicht außer Acht zu lassen, daß auf Seiten des Gläubigers Jemand da sein muß, dem gültig Zahlung geleistet werden kann. Der Unmündige muß also einen Vormund haben, bei dem der Schuldner seine Schuld berichtigen kann; denn sonst würde man sagen müssen: quid

---

[4]) Vgl. fr. 6 V. O. 45, 1.

[5]) fr. 3 Nov. 46, 2.

[6]) § 4 J. de cur. I, 23.

enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit [7]).

So kann z. B. auch ein Gemeinschuldner gültig mahnen, obwohl die Zahlung an den curator bonorum erfolgen muß.

Von diesem Gesichtspunkte aus gibt es sogar Fälle, wo nicht einmal ein Vormund wirksam mahnen kann. In c. 25 C. de adm. tut. 5, 37 ist nämlich vorgeschrieben, daß die Schuldner Minderjähriger gewisse Capitalien nur unter der Voraussetzung gültig an den Vormund zahlen, wenn dieser zuvor die Genehmigung der Obervormundschaft erwirkt hat. Wo es sich um solche Schulden handelt, kann also selbst ein Vormund erst dann wirksam mahnen, wenn diese Genehmigung der Obervormundschaft vorliegt. Denn sonst trifft auch hier für den Schuldner zu: quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit.

Man denke sich z. B. folgenden Fall. Ein Vormund hat Mündelgeld auf der Sparcasse belegt; größere Summen darf er nur nach voraufgegangener halbjähriger Kündigung zurückverlangen, dagegen kleinere bis zu funfzig Thalern kann er jeden Cassentag fordern. Wenn nun ein solcher Vormund an einem beliebigen Cassentage auf das Sparcassenbuch seines Mündels funfzig Thaler verlangen wollte, ohne daß er zuvor die obervormundschaftliche Genehmigung dazu eingeholt hätte, so wäre das eine unwirksame Mahnung.

Die Mahnung steht in dieser Beziehung wesentlich anders da wie etwa eine halbjährliche Kündigung. Letztere kann der Vormund gültig vornehmen, wenn er auch das obervormundschaftliche Decret noch gar nicht ausgewirkt hat [8]). Diese verschiedene Behandlung der Mahnung und einer halbjährlichen Kündigung beruht darauf, daß die Mahnung auf sofortige Zahlung gerichtet ist. Bei der halbjährlichen Kündigung hat die Einholung der obervormundschaftlichen Genehmigung noch ein halbes Jahr Zeit.

Wir sind hier auf eine alte Streitfrage gestoßen. Vgl. darüber v. Madai, S. 62, 63, der selber eine derartige Mahnung ausnahmslos für wirksam erklärt. „Denn die Mahnung selbst ist ja nur die Aufforderung zur Zahlung, nicht diese selbst.“

Auch Mommsen, S. 40, meint:

„Die besonderen Voraussetzungen der Leistung können selbstver-

[7]) fr. 17, § 3, Us. 22. 1.

[8]) Vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. V., S. 365, 366.

ständlich nicht auf die Interpellation übertragen werden; doch wird der Umstand, daß das richterliche Decret im Augenblick der Interpellation noch nicht erfolgt ist, mitunter das sofortige Eintreten einer Mora hindern können."

Allein wenn hier ein Vormund sofortige Erfüllung verlangt, ist er mindestens einem Gläubiger gleich zu achten, der vor dem Zieltage mahnt. Der Schuldner kann also eine solche Mahnung füglich unbeachtet lassen. Und wenn z. B. einem die Zahlung anbietenden Schuldner das Erhebungsdecret nicht vorgelegt werden kann, so trifft nicht ihn später die Erkundigungspflicht, ob das Erhebungsdecret schon erwirkt sei, es ist vielmehr Sache des Gläubigers, den Schuldner hiervon in Kenntnis zu setzen, d. h. ihn wieder zu mahnen.

Der Satz, daß Jemand da sein müsse, dem gültig gezahlt werden könne, trifft übrigens keineswegs mit der von Mommsen, S. 36, aufgestellten Behauptung zusammen:

„Es ist demnach nöthig, daß der interpellirende Gläubiger zugleich alle diejenigen Vorkehrungen getroffen hat, welche in dem einzelnen Fall etwa erforderlich sind, damit der Schuldner erfüllen könne, oder mit andern Worten, daß der Gläubiger zur Annahme des Gegenstandes der Obligation wirklich bereit sei."

Mommsen selber hat freilich diese Behauptung auf S. 37 in folgender Weise eingeschränkt:

„Doch können hier Abweichungen eintreten, indem der Gläubiger nicht gezwungen (!) ist, die gedachten Vorkehrungen zu treffen, wenn der Schuldner in solcher Weise die Erfüllung verweigert, daß dieselben von vornherein als nutzlos erscheinen müssen. So wird z. B. von dem Gläubiger, welcher den Schuldner zur Lieferung von Waaren auffordert, und ihm zugleich bemerkt, daß er seinen Wagen ihm zusenden werde, um die Waaren abzuholen, nicht verlangt werden können, daß er seinen Wagen wirklich vor das Packhaus des Schuldners sende, wenn der letztere auf die an ihn gerichtete Aufforderung erklärt, daß er die Waaren nicht verabfolgen lassen werde. Es ist hier auch ohne die erfolgte Absendung des Wagens eine wirksame Interpellation anzunehmen, da die gedachte Handlung nach der Erklärung des Schuldners, welche dieser gegen sich gelten lassen muß, voraussichtlich nutzlos sein würde."

Allein der Satz ist trotz dieser Einschränkung nicht zu halten. Es muß allerdings jemand da sein, dem gültig gezahlt werden kann; daß

der Gläubiger aber gleich Wagen mitbringe, ist selbst in dem von Mommsen besprochenen Falle unter keinen Umständen erforderlich.

Betrachten wir uns zuvörderst den Begriff Zahlung etwas näher. Eine Zahlung setzt sich zusammen aus einem Anbieten der schuldigen Leistung von Seiten des Schuldners und einer Annahme dieser Leistung von Seiten des Gläubigers. Die Verpflichtung des Schuldners besteht also lediglich in dem Anbieten der schuldigen Leistung. Die Leistung anzunehmen, ist Sache des Gläubigers; und diese Annahme herbeizuführen, dazu kann unmöglich der Schuldner verpflichtet sein.

Wenden wir uns jetzt zum Mommsen'schen Falle, so kann man sich denselben verschieden denken. Entweder ist der Schuldner nur verpflichtet, die Waaren in seinem Speicher anzubieten, oder er muß sie außerdem auf die Wagen des Gläubigers aufladen lassen. Diese Verschiedenheit macht indes keinen Unterschied für die Beurtheilung des Falles. Denn das eine Mal haben wir es nur mit einer Verpflichtung des Schuldners, Anbieten, das andere Mal mit zwei Verpflichtungen, Anbieten und Aufladenlassen, zu thun. Es muß dem Gläubiger aber doch wohl freistehen, auch da, wo der Schuldner zu zwei Handlungen verbunden ist, zunächst die eine, das Anbieten, zu verlangen.

Also der Gläubiger ist auf alle Fälle berechtigt, vom Schuldner zunächst zu beanspruchen, ihm die schuldige Leistung anzubieten. Er kann also in unserm Falle begehren, daß er ihn in den Speicher führe und sage: hier sind die Waaren.

Wenn der Gläubiger eine derartige Aufforderung an den Schuldner richtet, so haben wir es mit einer gültigen Mahnung zu thun, die der Schuldner nicht unbeachtet lassen darf. Die Mahnung ist nicht bloß dann wirksam, wenn der Schuldner, wie Mommsen meint, erklärt, daß er die Waaren nicht verabfolgen lassen werde. Der Schuldner hat die Mahnung einfach zu beachten und ihr Folge zu leisten. Und ob eventuell die Nichtbeachtung der Mahnung stillschweigend geschieht, oder von überflüssigen Redensarten begleitet wird, kann keinen Unterschied machen.

Also wenn der Gläubiger kommt und mahnt, so muß der Schuldner ihn in seinen Speicher führen und ihm dort die Waaren anbieten. Wozu in aller Welt gebrauchen wir denn aber hierzu die Mommsen'schen Wagen? Daß der Gläubiger seine Wagen schickt, hat noch lange Zeit. Er will sich zunächst vielleicht bloß einmal davon überzeugen, ob die Waaren auch wirklich da sind, ob sie vollständig vor-

handen, in unversehrtem Zustande, empfangbar u. s. w. Das alles muß ihm doch freistehen. Und wenn der Schuldner ihm hierzu keine Gelegenheit gibt, ihm die Waare nicht anbietet, so liegt eine Nichtbeachtung der Mahnung vor.

Der Satz, daß Jemand da sein müsse, dem gültig gezahlt werden könne, ist ferner nicht so zu verstehen, als ob der Mahnende die Quitung gleich mit sich zu führen hätte. Das ist keineswegs erforderlich. Die Ausstellung der Quitung hat Zeit, bis der Schuldner sie verlangt. Quitiren ist kein Bestandtheil der Mahnung.

Dies ergibt sich schon auf folgende Weise. Mahnen ist ein Aussprechen von Worten. Zum mindesten kann jede Mahnung zunächst durch Aussprechen von Worten beschafft werden. Nun braucht aber ein Schuldner mit einer bloß mündlichen Quitung nicht zufrieden zu sein, sondern kann schriftliche Quitung verlangen. Daraus folgt, daß die Quitung nicht mit zur Mahnung zugehört.

Die Sache steht vielmehr so. Jeder Schuldner kann gegen schriftliche Quitung anbieten. Kommt dann der Gläubiger diesem Anverlangen nicht nach, und stellt keine Quitung aus; so hat der Schuldner gewiß alles gethan, wozu er verpflichtet war, und damit die an sich gültige Mahnung unwirksam gemacht.

Der Satz, daß Jemand da sein müsse, dem gültig gezahlt werden könne, ist auch nicht so zu verstehen, daß dieser stets in Person die Leistung in Empfang zu nehmen habe. Wenn z. B. ein Vormund seinem Mündel beim Schneider eine Jacke zumessen läßt, so kann als stillschweigend verabredet gelten, daß der Schneider die Jacke in die Wohnung des Mündels und nicht des Vormundes schicke.

Die Frage, wer wirksam mahnen könne, ist endlich von der aus einander zu halten, wer in der Lage sei, diese Wirkungen geltend zu machen.

So ist es z. B. möglich, daß ein Unmündiger wirksam mahnen kann, daß aber, wenn diese Wirkungen durch Klage geltend gemacht werden sollen, es der Zuziehung des Vormundes bedarf.

Ferner sind einzelne Wirkungen der Mahnung von Voraussetzungen abhängig, welche das Maaß der Handlungsfähigkeit, wie sie dem Unmündigen beigelegt worden, überschreiten. Um den Eintritt derartiger Wirkungen herbeizuführen, wird also gleichfalls das Eingreifen des Vormundes nöthig.

So kann eine Mahnung des Unmündigen zwar wohl den Schneider

für zufälligen Untergang verantwortlich machen. Anders steht die Sache aber, wenn die Mahnung Aufhebung des Vertrages ohne Erfüllung zur Folge haben soll. Wenigstens würde man einer eventuellen Kündigung des Unmündigen, „daß er seine Jacke bei einem andern Schneider machen lassen werde, wenn sie zum Sonntag nicht fertig sei," keine Bedeutung beilegen können, da ein Unmündiger ohne Mitwirkung des Vormundes keinen Vertrag in dieser Weise einseitig aufheben, also auch nicht wirksam damit drohen kann. Soll also in dieser Weise dem Schneidermeister wirksam gekündigt werden, so ist Zuziehung des Vormundes erforderlich.

Endlich darf die Mahnung des Mündels nicht in Widerspruch stehen mit Anordnungen, die der Vormund getroffen hat. Z. B. wenn ein Vormund einem Schuldner zugestanden hat, mit der Zahlung habe es so lange keine Eile, bis er, der Vormund, sie verlangen werde, so braucht ein solcher Schuldner eine Mahnung des Mündels nicht zu beachten.

v. Madai[9]) hat anlangend unsere Frage über die Voraussetzungen in der Person des mahnenden Gläubigers folgenden Grundsatz aufgestellt:

„Die Mahnung ist eine Aufforderung zur Zahlung; und so kann wirksam nur der mahnen, der gültig Zahlung in Empfang nehmen kann. So ist die selbst von dem Gläubiger, der aber noch Pupill ist, vorgenommene Mahnung unwirksam, weil dem Pupillen allein gültig nicht geleistet werden kann."

Aehnlich spricht sich Wolff[10]) aus.

Allein es ist genügend, wenn nur Jemand da ist, der gültig Zahlung in Empfang nehmen kann.

Mommsen, S. 51, meint, die Interpellation enthalte eine Disposition über den Gegenstand der Obligation, und eben deshalb setze die Wirksamkeit der vom Gläubiger vorgenommenen Interpellation voraus, daß ihm die Befugnis, über diesen Gegenstand zu disponiren, nicht abgehe.

Allein „fordern" ist noch kein „disponiren". Wer z. B. ein ausgeliehenes Capital zurückfordert, verfügt damit noch nicht über dies Geld. Ich verfüge über ein Capital erst dadurch, daß ich mich verpflichte, es zu einem andern Zwecke, als welchem es bisher gedient hat,

---

[9]) a. a. O. S. 52.
[10]) a. a. O. S. 269.

zu verwenden. Es soll z. B. an jemand anders ausgeliehen, oder es sollen Schulden damit bezahlt werden.

So weit nun einem Gläubiger die zur Mahnung erforderliche Handlungsfähigkeit abgeht, bedarf er eines Vertreters.

Die Mahnung des Vertreters ist für den Vertretenen wirksam.

So kommt auch die Mahnung des Erblassers dem Erben zu gute[11]).

Bei Vermögensmassen ohne Rechtssubject, z. B. Stiftungen, erfolgt die Mahnung durch die Verwalter.

Es ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger oder dessen Vertreter die Mahnung selbst vornehmen, sie können auch Jemand damit beauftragen.

fr. 24, § 2, Us. 22, 1.

Mora videtur creditori fieri sive ipsi sive ei cui mandaverat — — — mora facta sit.

Der Auftrag kann sich entweder auf Vornahme der Mahnung beschränken oder weiter gehen.

Der Auftrag kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt sein.

So wird z. B. der mit Eincassirung einer Forderung Beauftragte regelmäßig zur Mahnung befugt sein[12]).

Oder wenn Jemand Auftrag erhalten hat, eine Forderung einzuklagen, so gilt er auch für ermächtigt, zu mahnen, wie dies ausdrücklich ausgesprochen ist[13]).

Ob und in wie fern ein Generalbevollmächtigter zur Mahnung berechtigt sei, hängt vom Inhalt der Generalvollmacht ab. Enthält die Generalvollmacht die Clausel cum libera (nämlich administratione)[14]), so ist der Generalbevollmächtigte in Bezug auf den Geschäftskreis, auf welchen sich die Vollmacht bezieht, jedenfalls auch zur Mahnung befugt.

Aehnlich wie ein Generalbevollmächtigter steht in dieser Beziehung ein Testamentsexecutor da.

---

[11]) fr. 27 Us. 22, 1.

[12]) Mommsen a. a. O. S. 52.

[13]) fr. 24, § 2, Us. 22, 1, vba: item cum procurator interpellaverit; fr. 32, § 1, eodem, vba: procuratoreve ejus.

[14]) Vgl. über den Begriff der libera administratio Puchta Pandekten, § 53.

Daß der mit der Mahnung Beauftragte auch zur Empfangnahme der Leistung berechtigt sei, ist keineswegs erforderlich. So ist z. B. ein zur Proceßführung Bevollmächtigter zwar wohl zur Mahnung, aber nicht zur Entgegennahme der Zahlung befugt [15]). Dem entsprechend lautet auch das Formular für die Proceßvollmachten der Sachwalte, wie es in Mecklenburg gesetzlich festgestellt worden [16]), nicht auch auf Gelderhebung; hierzu bedarf der Sachwalt einer Specialvollmacht [17]).

Ein weiteres Beispiel enthält fr. 12, § 1, Commod. 13, 6.

Mommsen [18]) will diesen zuletzt aufgestellten Satz nur unter einer Einschränkung gelten lassen. Er sagt nämlich:

„Wenn es sich dagegen um eine Leistung handelt, welche der Gläubiger beim Schuldner in Empfang nehmen soll, so wird allerdings die Interpellation durch einen zur Empfangnahme nicht bevollmächtigten Procurator nicht genügen, weil es in diesem Fall nicht am Schuldner, sondern an der Unterlassung der zur Empfangnahme nöthigen Vorkehrungen von Seiten des Gläubigers liegt, daß die Obligation in der ihrem Interesse entsprechenden Weise nicht hat erfüllt werden können."

Allein der Satz, daß der Gläubiger mit der Mahnung jemand beauftragen könne, gilt ganz allgemein. Die Mahnung ist eine Aufforderung an den Schuldner, die Leistung anzubieten. Der Gläubiger hat demnach nur nöthig, den Schuldner in solche Lage zu bringen, daß er die Leistung so, wie er sie schulde, anbieten könne. Dieser seiner Obliegenheit kommt der Gläubiger, welcher mit der Mahnung jemand beauftragt, auch in dem von Mommsen erwähnten Falle nach. Der Schuldner hat ja nur nöthig zu antworten: das Geld stehe bereit, sobald der Gläubiger ihm eine Quitung schicke. Dann hat er alles gethan, wozu er verpflichtet ist, und die Mahnung unwirksam gemacht. Wenn aber ein Schuldner auf diese Weise nicht verfährt, vielmehr die Mahnung stillschweigend entgegennimmt, oder ausweichende Antworten

---

[15]) fr. 13 pr. de pactis 2, 14; fr. 86 Sol. 46, 3. Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 10, Anm. 18.

[16]) Vgl. für Mecklenburg-Schwerin die Verordnung vom 28. Januar 1858 im Regierungsblatt Nr. 5 und für Mecklenburg-Strelitz die Verordnung vom gleichen Datum bei Scharenberg und Genzken, Gesetzsammlung, Bd. III., S. 268.

[17]) Vgl. für Mecklenburg-Schwerin das Publicandum vom 15. März 1858 im Regierungsblatt Nr. 9.

[18]) a. a. O. S. 52, 53.

gibt: „es hätte wohl solche Eile noch nicht“ u. dgl.; so vermag ich nicht einzusehen, weshalb eine derartige Mahnung unwirksam sein sollte.

Die Sache ist ja die. Die Mahnung enthält eine Aufforderung für den Schuldner, die geschuldete Leistung, so wie er sie schuldet, anzubieten. Einer derartigen Aufforderung muß ein Schuldner Rede und Antwort stehen, sonst treten bestimmte vom Recht festgesetzte Nachtheile ein. Weil nun aber das Recht vorschreibt, daß der Gläubiger diese Aufforderung nicht in Person vorzunehmen brauche, sondern jemand beauftragen könne; so hat es damit zugleich ausgesprochen, daß ein gemahnter Schuldner auch einem so Beauftragten Rede und Antwort zu stehen hätte.

Die Mommsen'sche Ansicht würde folgerichtig zu dem Ergebnis führen, daß in dem fraglichen Falle der Gläubiger dem Beauftragten die Quitung gleich mitzugeben hätte. Es würde nicht genügend sein, daß er zur Empfangnahme bevollmächtigt worden. Denn der Schuldner hat nicht nöthig, ihm Dinte, Papier und Feder zu liefern, damit er beim Schuldner die Quitung schreiben könne. Und aus demselben Grunde würde der Gläubiger, wenn er selbst mahnte, die Quitung gleich mitzubringen haben. Wir würden also dann dem Satze zusteuern, daß das Quitiren ein Bestandtheil der Mahnung sei, was aber durchaus nicht der Fall. Denn dann würde ja jeder Mahnbrief nur unter der Voraussetzung Beachtung verdienen, wenn gleich die Quitung beigelegt wäre.

Was den Grad der Handlungsfähigkeit anbetrifft, wie sie ein mit Ausrichtung einer Mahnung Beauftragter besitzen müsse, so werden wir nicht allzu hoch greifen wollen. Es genügt die Fähigkeit, eine Mahnung zu bestellen und Antwort entgegenzunehmen. So können z. B. minderjährige Lehrlinge von Kaufleuten oder Handwerkern sehr wohl mit Ausrichtung von Mahnungen beauftragt werden, was auch sehr häufig geschieht.

Eine besondere Beachtung verdient die Frage, in wie fern ein negotiorum gestor wirksam mahnen könne. Hierauf soll jetzt näher eingegangen werden.

§ 20.
In wie fern kann ein negotiorum gestor mahnen? — Römisches Recht.

Bei Beantwortung dieser Frage kommt zunächst fr. 5, § ult. N. G. 3, 5, in Betracht, eine Stelle, die schon Wolff[1]) hier herangezogen hat, und mit der wir uns bereits in einem andern Zusammenhange, oben § 10, beschäftigt haben.

Ulpian entwickelt hier folgenden Gedanken.

Ein Geschäftsmann ist verreist, oder anderweitig behindert, seine Geschäfte selber zu besorgen. Für ihn tritt ein negotiorum gestor ein. Die Casse ist leer, und es muß Geld geschafft werden. Ist nun der negotiorum gestor selbst Schuldner des dominus negotiorum, so muß er natürlich seine Schuld abmachen. Quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen a semetipso cur non exegerit, ei imputabitur: et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium.

Aus dieser Ulpian'schen Begründung ergibt sich, daß ein negotiorum gestor als solcher nicht zum Mahnen berechtigt ist. Denn sonst hätte es ihm ja zum Vorwurfe gereichen müssen: cur alios debitores non convenerit. Convenire heißt das erste Mal „mahnen"; gleich darauf steht es in der Bedeutung von „klagen". Ulpian sagt also: ein negotiorum gestor kann deshalb nicht gültig mahnen, weil er nicht klagen kann. Daraus wird man entnehmen müssen, daß ein negotiorum gestor, so weit er ausnahmsweise zum Klagen berechtigt, auch gültig mahnen könne. Und daß dies in der That die Ansicht Ulpian's war, ergibt

fr. 7 pr. N. G. 3, 5.

> Si autem is fuit qui negotia administravit a quo mandatum non exigebatur, posse ei imputari, cur oblata de rato cautione eum non convenit: si modo facile ei fuerit satis dare.

Man könnte freilich einwenden, convenire bedeute in dieser Stelle nicht „mahnen", sondern „klagen"; und ich glaube selbst, daß convenire

---

[1]) a. a. O. S. 268, 269.

hier diese Bedeutung hat. Allein die Stelle ist gleichwohl beweisend, und zwar wegen ihres Zusammenhanges mit fr. 5 § ult., von dem sie nur durch ein kleines Einschiebsel aus dem Edicts-Commentar des Paulus getrennt ist. Ulpian folgert ja so. Einem negotiorum gestor kann es nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er die Schuldner des dominus negotiorum nicht gemahnt hat. Was er selbst schuldet, muß er hergeben. Unterläßt er dies, so treten gleichwohl die Wirkungen der Mahnung ein. So weit aber ein negotiorum gestor dritte Schuldner verklagen kann, darf er dies nicht unterlassen. Denn daß ein negotiorum gestor in diesem Falle die Schuldner bloß mahnte, wäre noch nicht genügend; wenn sie der Mahnung nicht nachkommen, muß er sie auch verklagen; nur dann hätte er seiner Pflicht vollkommen genügt.

Eine Mahnung dritten Schuldnern gegenüber hier für wirkungslos zu halten, kann um so weniger die Ansicht Ulpian's gewesen sein, als er ja beim negotiorum gestor sogar ohne Mahnung deren Wirkungen eintreten läßt.

Ist aber dies der Ideengang Ulpian's, so ergibt sich gleichzeitig ein Unterschied zwischen unserm negotiorum gestor und einem mit Führung eines Rechtsstreites Beauftragten. Denn letzterer hat, als solcher, keinen Anspruch darauf, daß ihm gezahlt werde.

Nun leuchtet jedoch ein, daß das Recht, so weit es einem negotiorum gestor gestattet, Klage zu erheben, ihn auch ermächtigen muß, Zahlung entgegen zu nehmen, eventuell beizutreiben. Denn sonst ist es unmöglich, durch Anstellung von Klagen die leere Casse des dominus negotiorum wieder voll zu machen.

Freilich kann ein negotiorum gestor nicht gültig quitiren; hier muß dann durch Cautionsleistung ausgeholfen werden.

So haben wir denn folgenden Satz gefunden: nur der kann als negotiorum gestor wirksam mahnen, a quo mandatum non exigebatur, wenn er klagen sollte. Dies sind aber ganz bestimmte Personen, nämlich: Descendenten und Ascendenten, Seitenverwandte und Affinen im zweiten Grade, der Ehemann in Angelegenheiten der Ehefrau, und nach der Litiscontestation auch ein Streitgenosse für den andern [2]).

---

[2]) fr. 35 pr. de proc. 3, 3; fr. 3, § 3, jud. solvi 46, 7; c. 12, c. 21 de proc. 2, 13; c. 2 de cons. ejusd. lit. 3, 40; fr. 18, § 1, de jud. 5, 1; Wetzell, Civilproceß, § 9, Anm. 37.

Alle diese müssen auf Verlangen de rato caviren, d. h. die Genehmigung des Vertretenen versprechen. Jedoch genügt kein einfaches Versprechen, es muß auch Sicherheit geleistet werden [3]).

Weil sie aber die Genehmigung des Vertretenen versprechen müssen, so folgt, daß sie nur insoferne als negotiorum gestores auftreten dürfen, als sie sich gültig durch Verträge verpflichten können.

Ebenso müssen sie auch die Fähigkeit zu gerichtlichen Handlungen besitzen.

c. 12 de proc. 2, 13.

> Sane quod necdum legitimam aetatem idem filius tuus compleverat, ob hoc quidem depellere a procurationis officio eum judex non injuste potuit.

Im weitern Verlauf der Stelle wird dann freilich für den negotiorum gestor, der für einen Beklagten auftritt, eine Ausnahme gemacht. Diese Ausnahme kümmert uns indes hier nicht, da wir es nur mit dem klagenden negotiorum gestor zu thun haben. Für den defensor gelten in dieser Beziehung überhaupt andere Grundsätze [4]).

Die Zulassung klagender negotiorum gestores beruht auf der Vermuthung eines Auftrags. Läßt sich also nachweisen, daß die Vornahme der Handlung gegen den Willen des dominus negotiorum erfolgte, so ist sie unwirksam [5]).

Das sind im wesentlichen die Voraussetzungen, unter denen die oben genannten ganz bestimmten Personen als negotiorum gestores klagend auftreten können, und ganz dieselben Voraussetzungen müssen auch vorliegen, wenn sie mahnen wollen.

Namentlich müssen sie also auf Verlangen des gemahnten Schuldners die Genehmigung des Vertretenen versprechen. Zunächst wird hier wohl einfaches Versprechen genügen. Sobald aber der gemahnte Schuldner Zahlung anbietet, kann er auch Sicherheit dafür verlangen, daß die Genehmigung des Vertretenen nicht ausbleibe.

Ein mahnender negotiorum gestor steht demnach in Bezug auf das Erfordernis der Handlungsfähigkeit wesentlich anders da, als ein mit einer Mahnung Beauftragter so wie ein mahnender Gläubiger selber.

Zu beachten ist, daß diese negotiorum gestio auf der Vermuthung eines Auftrags beruht. Das Römische Recht ist also mehr

---

[3]) c. 21 de proc. 2, 13; fr. 7 pr. N. G. 3, 5.

[4]) Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 9, Anm. 36.

[5]) fr. 40, § 4, de proc. 3, 3; c. 21 eodem 2, 13.

indirect zu derselben gelangt. In ähnlicher Weise ist es auch noch zu einer andern Art der negotiorum gestio gekommen, worauf ich jetzt eingehen muß.

Es kommt häufig im Leben vor, daß ein Beauftragter, wo es gefordert wird, nicht im Stande ist, seinen Auftrag nachzuweisen, sei es nun weil seine Vollmacht schlecht gefaßt, oder ihm gar keine ausgestellt worden. Und selbst wenn er die schönste Vollmacht von der Welt vorzeigte, wäre es ja möglich, daß dieselbe längst aufgerufen worden.

In ähnlicher Lage kann sich auch ein mit Führung eines Processes Beauftragter befinden [6]).

Wie soll es hier nun werden? Soll man hier sagen, der Proceß kann nicht vor sich gehen? Das scheint namentlich in dem Falle hart zu sein, wo der Beauftragte wirklich eine Vollmacht beibringt, wegen Abwesendheit des Auftraggebers aber außer Stande ist, nachzuweisen, daß diese Vollmacht nicht bereits durch Tod oder Widerruf wieder erloschen sei [7]).

Andererseits hat aber auch die Zulassung eines solchen Bevollmächtigten seine großen Bedenken. Es konnte sich ja herausstellen, daß er gar keinen Auftrag hatte, und dann stand der Beklagte in Gefahr, nochmals belangt zu werden, ohne daß ihm seine Proceßführung mit dem vermeintlichen Bevollmächtigten etwas genützt hätte.

Diese Fragen beschäftigten die Römischen Rechtsgelehrten bereits zu Gajus' Zeiten.

Gaj. IV, 84.

> sed ex solo mandato, et absente, et ignorante adversario, constituitur, quin etiam sunt, qui putant, — — procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat a — negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum igitur ets — — — — — edat mandatum pro — r — — — — quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea aput judicem ostenditur.

Die Stelle ist zwar lückenhaft, ihr Sinn aber doch so ziemlich klar. Der Ausdruck mandatum am Schluß bezieht sich nicht auf

---

[6]) Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 9, Anm. 8.

[7]) Vgl. fr. Vat. § 333.

den Auftrag in abstracto, sondern auf den Auftrag, insofern er concrete Gestalt angenommen hat. Mandatum heißt hier „Vollmacht". Dies sehen wir daraus, daß von einem edere und ostendere mandatum gesprochen wird.

Dagegen die Worte mehr zu Anfang unserer Stelle „cui non sit mandatum" beziehen sich allgemeiner auf den Auftrag in abstracto. Dies ergibt der Gegensatz „si modo bona fide accedat". Gajus denkt sich also den Procurator als Jemand, der Auftrag zu haben glaubt, während dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist.

Die Ansicht, welche zu Gajus' Zeiten erst von Einzelnen vertreten wurde, quin etiam sunt, qui putant, finden wir im Corpus Juris gebilligt [8]).

Es ist also zulässig, daß Jemand für einen andern einen Proceß führt, obwohl das Vorhandensein des Auftrags nicht über allem Zweifel erhaben. Und was von den Beauftragten, gilt auch von andern Vertretern [9]), z. B. Vormündern. Auch diese werden zugelassen, si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit [10]).

Stellt sich nun aber in solchen Fällen hinterdrein heraus, daß in Wirklichkeit gar kein Auftrag u. s. w. vorlag, so haben wir den negotiorum gestor [11]).

Es leuchtet indes ein, daß einem Beklagten, der möglicher Weise mit einem negotiorum gestor processirt, Mittel zu Gebote stehen müssen, wie er sich vor Nachtheil schützen kann. Diese Mittel werden wir kennen lernen, wenn wir uns näher nach den Voraussetzungen umsehen, unter welchen eine derartige negotiorum gestio statthaft ist.

Es muß wirklich zweifelhaft oder unsicher sein, ob ein Auftrag u. s. w. vorliegt [12]).

---

8) fr. 23 de adm. tut. 26, 7; fr. 6, § 3, quod cujuscunque univ. 3, 4; fr. 3, § 2, Ut in poss. 36, 4; c. 1 C. de proc. 2, 13; fr. 25, § 1, fr. 26 pr. Min. 4, 4; pr. § 3 J. de satisd. 4, 11; fr. 65 de proc. 3, 3; fr. 68, § 1, S. C. Treb. 36, 1.

9) fr. 23 de adm. tut. 26, 7; fr. 6, § 3, quod cujuscunque univ. 3, 4.

10) fr. 23 de adm. tut. 26, 7.

11) fr. 5 pr. N. G. 3, 5.

12) fr. 23 de adm. tut. 26, 7; fr. 6, § 3, quod cujuscunque univ. 3, 4; fr. 3, § 2, Ut in poss. 36, 4; c. 1 C. de proc. 2, 13; fr. 26 pr. Min. 4, 4; fr. 68, § 1, S. C. Treb. 36, 1.

Hat z. B. Jemand bloß eine Generalvollmacht, so kann er zu solchen Handlungen, die eine Specialvollmacht erfordern, auch als negotiorum gestor nicht zugelassen werden; denn hier liegt ja klar vor, daß er einen solchen Auftrag, wie ihn das Recht im vorliegenden Falle verlangt, nicht erhalten hat [13]).

Es ist indes nicht genügend, daß diese Zweifelhaftigkeit oder Unsicherheit in der Person des Gegners oder Richters vorhanden sind. Der Procurator muß auch bona fide handeln [14]). Der Procurator darf nicht etwa vorgeben, daß er beauftragt sei, während er recht gut weiß, daß dies nicht der Fall ist.

Es ist also zwischen diesem negotiorum gestor und demjenigen, von dem wir zuerst sprachen, ein gewaltiger Unterschied. Denn dort, wo der Auftrag vermuthet wurde, war eine negotiorum gestio erst dann unzulässig, wenn nachgewiesen werden konnte, daß die Vornahme der Handlung gegen den Willen des dominus negotiorum erfolgte.

Dann muß dieser negotiorum gestor ebenso wie derjenige, von dem wir zuerst handelten, versprechen, daß der dominus negotiorum genehmigen werde, und hierfür Sicherheit stellen [15]).

Ferner muß man annehmen, daß dieser negotiorum gestor ebenso wie der vorige ermächtigt ist, Zahlung entgegen zu nehmen, und nöthigenfalls beizutreiben. Jedoch kann der Schuldner, welcher zahlt, auch in dieser Beziehung Versprechen der Genehmigung mit Sicherheitsbestellung verlangen.

Endlich ist zu beachten, daß ein Schuldner sich einen derartigen negotiorum gestor immer nur unter der Voraussetzung gefallen zu lassen braucht, daß die Gefahr, die er dabei läuft, nicht groß ist.

Paulus fr. 68, § 1, ad S. C. Treb. 36, 1.

> Etiam absentis procuratori, si desideraret, posse restitui hereditatem ex hoc senatus consulto Julianus scripsit, si tamen caveat de rato habendo, si non evidens absentis voluntas esset, sed dicendum est, ut heres, qui suspectam dicat, non sit compellendus adire, si incertum sit, an mandaverit, quamvis ei caveatur, propter fragilitatem cautionis, quodsi sponte

---

13) fr. 25, § 1, Min. 4, 4.

14) Gaj. IV, 84.

15) Gaj. IV, 98, 99; Fr. Vat. § 333; § 3 J. de satisd. 4, 11; c. un. C. de satisdando 2, 57; fr. 65 de proc. 3, 3.

adierit hereditatem, non magna captio est: sed actiones, si non mandavit, transibunt eo tempore, quo ratum habuerit.

Hier verlangt der Procurator eines Abwesenden Herausgabe eines Universalfideicommisses, ohne daß er sich als solcher genügend ausweisen kann. Hat dann der Erbe bereits die Erbschaft angetreten, so läuft er keine große Gefahr, wenn er dem an ihn gestellten Verlangen nachkommt. Hat aber der Erbe noch nicht angetreten, und hält er die Erbschaft für verdächtig, so hat er nicht nöthig, sich mit einem solchen Procurator einzulassen. Ein solcher Procurator kann ihn nicht zum Erbschaftsantritt zwingen, selbst wenn er Genehmigung versprechen sollte. Denn gesetzt, es hätte mit dem Auftrag seine Richtigkeit nicht, und der Vertretene wollte nachher nicht genehmigen; dann säße der Betreffende da mit einer Erbschaft, die er gar nicht haben wollte, und würde vielleicht von den Erbschaftsgläubigern überlaufen.

Gegen solche Gefahren würde der Betreffende keinen Schutz finden propter fragilitatem cautionis. Diese Worte sind nicht etwa auf ein Genehmigungsversprechen ohne Sicherheitsstellung zu beschränken, so daß der Betreffende sich mit einem solchen Procurator allerdings dann einzulassen hätte, wenn ihm nur genügende Sicherheit geboten würde. Der Sinn der Stelle ist vielmehr der, daß der Betreffende befugt ist, jedes Genehmigungsversprechen ohne Unterschied zurückzuweisen, einerlei ob zugleich Sicherheit angeboten wird oder nicht. Denn was ist am Ende Sicherheit? Allererste Prioritäten in werthvollen Landgütern, die sind am Ende sicher. Aber wenn nun Krieg kommt? Und dann hat nicht jeder solche Sicherheit. Solche Sicherheit kannten auch die Römer noch gar nicht, weil ihr Hypothekenwesen noch nicht so geordnet war, als z. B. das Mecklenburgische. Solche Sicherheit kann auch kaum immer begehrt werden, denn dann würde dieser ganze Fall der negotiorum gestio ziemlich unpractisch gewesen sein, da zu einer solchen Sicherheitsstellung nur sehr selten der negotiorum gestor fähig sein wird. Mehr oder minder ist also selbst ein Genehmigungsversprechen mit Sicherheitsbestellung stets gebrechlich. Besser ist es immer, wenn der Vollmachtspunkt vorher vollständig in Ordnung gebracht wird. Und deshalb gingen die Römer sehr verständig zu Werke, indem sie vorschrieben, daß, wo es sich um wichtige Angelegenheiten handelt, der Schuldner sich vorher auf nichts einzulassen braucht.

So weit nun diesem zufolge ein negotiorum gestor klagen kann, so weit muß auch eine von ihm vorgenommene Mahnung wirksam sein. Denn dieser negotiorum gestor handelt ja immer im guten Glauben, daß er wirklich mit der Führung des Rechtsstreites beauftragt sei. Und ein Auftrag, eine Forderung einzuklagen, enthält ja, wie wir gesehen haben, gleichzeitig den Auftrag, wegen dieser Forderung zu mahnen.

Wir müssen nämlich immer im Auge behalten, daß das Römische Recht zu diesem klagenden negotiorum gestor mehr auf indirectem Wege gelangt ist. Es nahm einen Auftrag vorläufig an, obwohl derselbe nicht unzweifelhaft war. Nun enthält aber ein Auftrag zu klagen stillschweigend den Auftrag zu mahnen. Läßt man aber in ersterer Beziehung auch einen unbewiesenen Auftrag vorläufig für voll gelten, so muß man es auch in letzterer Beziehung thun. Denn sonst würde eine Disharmonie entstehen.

Außer den bisher besprochenen beiden Fällen der negotiorum gestio hat das Römische Recht nun noch einen dritten Fall. Hiervon handelt ex professo eine Stelle, die leider sehr lückenhaft ist.

Vat. fr. 334.

dotis nomine effici — — — — — — — — — —
vel sponsorem revers — — — — — — — — —
facientem prohibeat — — — — — — — — —
deprehendat non furt — — — — — — — — —
adquirat actionem non miru — — — — — — —
cant Julianus et si m — — — — — — — — —
rator denuntiet n — — — — — — — — — —
fiduciae actionem — — — — — — — — — —
retinemus velut si m — — — — — — — — —
conveniat intra bien — — — — — — — — —
nobis utile est quod vi aut — — — — — — —
et adquirit actionem si — — — — — — — —

Die Stelle steht in dem Abschnitte, welcher de cognitoribus et procuratoribus handelt.

Es sind hier verschiedene Fälle zusammengestellt, bei denen hinsichtlich der Stellvertretung etwas Besonderes galt.

Dies ergibt schon der Umstand, daß einzelne Fälle aufgezählt werden. Hätte es sich um eine allgemein durchschlagende Regel gehandelt, so hätte es einer derartigen Casuistik gar nicht bedurft.

Das Verständnis dieser Stelle wird wesentlich durch folgende

erleichtert werden, die freilich meistens schon von den Herausgebern der Vaticanischen Fragmente hier zusammengetragen sind.

Paul. libro primo manualium fr. 72 de proc. 3, 3.

Per procuratorem non semper [16]) adquirimus actionem, sed retinemus: veluti si reum conveniat intra legitimum tempus: vel si prohibeat opus novum fieri, ut interdictum nobis utile sit quod vi aut clam, nam et hic pristinum jus nobis conservat.

Paulus libro trigesimo septimo ad edictum. fr. 24, § 2, Us. 22, 1.

Mora videtur creditori fieri, sive ipsi sive ei cui mandaverat sive ei qui negotia ejus gerebat mora facta sit: nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri, sicuti, cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens manifesti furti actionem mihi parat.

Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum. fr. 7, § 3, de furtis 47, 2.

Parvique referre putat, dominus an vicinus an quilibet transiens adprehendat.

Paulus libro quinquagensimo septimo ad edictum. fr. 17 O. N. N. 39, 1.

Si procurator opus novum facientem prohibuerit, domino competit quod vi aut clam interdictum.

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum. fr. 3 pr. Quod vi aut clam 43, 24.

Prohibere autem non utique per semet ipsum necesse est, sed et si quis per servum suum vel procuratorem prohibuerit, recte videtur prohibuisse, idem etiam si mercennarius meus prohibuerit, nec quem moveat, quod per liberam personam actio adquiri non solet: nam prohibitio haec demonstrat vi te facere, quid mirum, cum et si clam tu me feceris, habeam actionem? ergo facto magis tuo delinquentis quam alieno adquiritur mihi actio.

---

16) Vgl. über dieses semper v. Vangerow, Pandekten, Bd. III., § 608, Anm. I. 2, 6, S. 290.

Paulus libro sexagensimo nono ad edictum. fr. 17 quod vi aut clam 43, 24.

Interdictum quod vi aut clam per quemvis domino adquiritur, licet per inquilinum.

Gaj. III, 121.

Item sponsor et fidepromissor — — legem Furiam biennio liberantur.

Auf Grund dieser Stellen dürften vielleicht folgende Ergänzungen gerechtfertigt erscheinen.

dotis nomine effici — — — — — — — — — —
vel sponsorem revers — — — — — — — — —
(vel opus novum) facientem prohibeat — — — —
(vel furtum nobis facientem) deprehendat non furt —
adquirat actionem non miru (m) — — — — — —
cant Julianus et si m — — — — — — — — —
(procu) rator denuntiet n — — — — — — — —
fiduciae actionem — — — — — — — — — —
retinemus velut si m (aritum dotis nomine vel si sponsorem) conveniat intra bien (nium, vel si prohibeat opus novum fieri interdictum) nobis utile est
Quod vi aut (clam) — — — — — — — — —
et adquirit actionem si — — — — — — — —

Bethmann=Hollweg meint, diese Stelle sei dem Liber I, Manualium des Paulus entnommen, woher auch fr. 72 de procuratoribus stammt. Diese Annahme ist wenigstens nicht unwahrscheinlich.

Die erste Ergänzung „vel opus novum" hat bereits Bethmann=Hollweg. Theodor Mommsen hat sie jedoch wieder weggelassen. Dieses hängt seinerseits mit einer Auffassung unserer Stelle zusammen, die ich nicht zu theilen vermag.

Theodor Mommsen meint nämlich, daß in unserer Stelle zwei verschiedene Fragen behandelt würden, und hat sie deshalb auch in zwei Paragraphen getheilt. Den ersten Paragraphen läßt er bei fiduciae actionem aufhören; was dann folgt, ist als § 334 a. bezeichnet.

Die Gründe Theodor Mommsen's sind diese:

Ceterum apparet § 334 agi de actionibus adquirendis, § 334[a] de actionibus retinendis; unde abjeci quae ad § 334 princ. adscripsit Hollwegius.

Allein meines Erachtens sind von dem Verfasser unserer Stelle sämmtliche Fälle von dem Gesichtspunkte aus aufgefaßt, daß hier keine Klage erworben, vielmehr nur festgehalten werde. Ich gebe Theodor Mommsen zu, daß dieser Gesichtspunkt nicht überall zutreffend ist. In Wahrheit handelt es sich hier allerdings um zwei verschiedene Classen von Fällen, worauf ich noch zurückkomme. Bei der einen Classe wird allerdings eine Klage erst neu erworben. Allein die Römer wollten das nur nicht wahr haben. Die Römischen Rechtsgelehrten hatten sich zwar thatsächlich über den Satz, daß durch eine freie Person eine Klage nicht erworben werden könne, weggesetzt, aber äußerlich hielten sie noch an demselben fest. Mit ihrem juristischen Gewissen suchten sie sich dann, so gut es gehen wollte, abzufinden. Mitunter sind diese Versuche freilich unglücklich genug ausgefallen. So sagt z. B. Paulus in fr. 24, § 2, Us., wenn ein Dritter einen Dieb festhalte, und auf diese Weise dem Eigenthümer eine actio furti manifesti verschaffe, so sei in diesem Falle nicht durch eine freie Person eine Klage erworben, sondern nur eine Gefälligkeit erzeigt „nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri.“ Als ob dies ein Gegensatz wäre! Als ob man nicht auch dadurch eine Gefälligkeit erzeigen könnte, daß man Jemand eine Klage erwürbe! Gleichwohl kehrt diese Ideenverbindung bei Paulus auch sonst wieder, z. B. fr. 15 de pec. const. 13, 5.

Das sind übrigens Erscheinungen, die das heutige Rechtsleben ebenso gut darbietet. Denn ehe eine neue Rechtsbildung von der Wissenschaft als solche erkannt wird, ist sie meistens schon längst da gewesen: sie hat nur bis dahin unter Formen, die ihr nicht zusagten, ein Quälleben führen müssen.

Die Mitte unserer Stelle wird von Huschke so ergänzt:

> Julianus et si m (eo creditori, oblata et deposita pecunia, procu) rator denuntiet, n (e fiduciam distrahat, hoc modo mihi per eum) fiduciae actionem (quaeri ait).

Aehnlich Theodor Mommsen:

> Julianus et si m (eam rem creditori) — — — — (procu) rator denuntiet n (e vendat) — — — (putat adquiri mihi per eum) fiduciae actionem.

Allein eines denuntiare von Seiten des Schuldners, daß der Gläubiger die fiducirte Sache nicht verkaufen möge, geschieht sonst nirgends Erwähnung. Nun ist es aber doch immer schon bedenklich, durch

Ergänzung einen ganz neuen Rechtssatz zu bilden, von dem sich sonst keine Spur findet.

Ein mit dem Verkauf in Verbindung stehendes denuntiare auf Seiten des Gläubigers kommt wohl vor [17]). Das hat auch seinen vernünftigen Sinn. Was aber ein denuntiare des Schuldners hier soll, ist kaum einzusehen. Denn entweder verfährt der Gläubiger beim Verkauf der fiducia dem pactum fiduciae gemäß oder nicht. Im zweiten Falle ist die actio fiduciae begründet, im ersten nicht. Wie aber hier ein bloßes denuntiare des Schuldners ne vendat hätte von Bedeutung werden können, leuchtet nicht ein.

Weit näher dürfte es liegen, auf Grund folgender Stelle eine Ergänzung zu versuchen.

Consultatio V. J. C. VI, 8, Lib. II Sent. Paulli tit. ex empto et vendito:

> Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.

Und zwar könnte man die Ergänzung etwa in folgender Weise vornehmen:

> Julianus et si m — — — — — — — — — —
> (neque procu) rator denuntiet n (eque cognitor) — —
> (ad heredes transmittit) fiduciae actionem.

Denuntiare hätte dann denselben Sinn und dieselbe Bedeutung, wie etwa in fr. 7 de inoff. test. 5, 2 der Ausdruck denuntiatio.

Freilich ist es nicht unbestritten, daß die actio fiduciae activ nicht vererblich sei, und namentlich hat sich neuerdings Dernburg [18]) dagegen erklärt. Er beruft sich hierfür auf Gajus II, 220, welche Stelle er so erklärt:

„Der Jurist berichtet dort, daß die Form des Legats per praeceptionem sich nach der Ansicht der Sabinianer nur zum Vermächtnis eigner Sachen des Erblassers eigne, daß aber eine Ausnahme angenommen werde in Bezug auf Sachen, die der Erblasser einem Gläubiger fiduciae causa mancipirt hat, indem hier die Miterben gezwungen werden könnten, durch Zahlung der Geldschuld die fiducirte Sache auszulösen und dann dem Prälegatar zu präſtiren.

---

17) Paul. R. S. II, 13, § 5.

18) Pfandrecht, Leipzig, 1860, Band I., S. 15.

Aus dieser Mittheilung ergibt sich klar, daß auch die Erben des Schuldners regelmäßig das Recht hatten, vom Gläubiger Rückgabe der fiducia zu verlangen."

Sehen wir uns die Stelle bei Gajus einmal etwas näher an.

Die Handschrift selber liest nach der Lachmann'schen Ausgabe so:

> aliquod tamen casu etiam alienam rem praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio judicis coheredes cogi posse existimant, solutam pecuniam solvere eam rem ut possit ꝑcipere ei, cui ita legatum sit.

Im letzten Satz hat nun Lachmann folgende vier Aenderungen vorgenommen. Im Worte solutam streicht er das m, ebenso liest er pecunia statt pecuniam, ꝑcipere d. i. percipere verwandelt er in p̄cipere d. i. praecipere, statt ei liest er is.

Es ist indes schon Lachmann nicht entgangen, daß selbst auf diese Weise noch kein vernünftiger Sinn herauskommt, deshalb schlägt er außerdem noch vor, in solvere die Buchstaben so zu streichen und luere zu lesen.

Böcking hat im übrigen die Lachmann'schen Aenderungen angenommen; nur schlägt er vor, statt solvere zu lesen s'luere = sibi luere.

Huschke erklärt sich ebenfalls mit Lachmann einverstanden. Die Buchstaben so in solvere streicht er einfach, und begründet dies auf folgende Weise:

> „ut appareat, librarium „„eam rem"" ad sequentia trahentem pecuniam mutuum datam (solutam) reddi (solvere) intellexisse ideoque ex „„luere"" fecisse „„solvere"".

Es bedarf indes kaum der Bemerkung, daß wir durch solche Gewaltthätigkeiten dem Verständnis von Gajus nicht näher kommen.

Mein Vorschlag geht dahin: statt dem ꝑ vor cipere lese ich ꝶ = re, und statt ei lese ich u = usu.

Dann lautet der Schlußsatz so:

> nam officio judicis coheredes cogi posse existimant, solutam pecuniam solvere, eam rem ut possit recipere usu, cui ita legatum sit.

Der Sinn wäre darnach dieser. Der Geschworne könne im Erbtheilungsverfahren die Miterben anhalten, dem Gläubiger das gegen Fiducia gezahlte Geld zu zahlen, damit der Bedachte die fiducirte Sache usurecipiren könne. So lange nämlich der Gläubiger das gezahlte Geld nicht wieder zurück hatte, war die usureceptio regelmäßig unstatthaft[19]).

Auf solche Weise steht diese Stelle vollkommen im Einklang mit der aus der consultatio. Wenn eine fiducirte Sache prälegirt ist, so kann dem Prälegatar zwar nicht ohne weiteres das Eigenthum verschafft werden, denn die Erben haben keine actio fiduciae auf Remancipation u. s. w. Sie sind aber jedenfalls dazu verpflichtet, den Prälegatar in die Lage zu bringen, daß er durch Usureception erwerben kann.

Unter dieser Voraussetzung beweist die Stelle aber nicht für, sondern gegen Dernburg.

Ueberhaupt wird die ganze Usureception viel verständlicher, wenn man annimmt, daß die actio fiduciae activ unvererblich war; und weshalb man so große Eile hatte, die Usureception selbst bei Grundstücken schon nach Ablauf eines Jahres wirken zu lassen[20]).

Mag es übrigens mit dieser Stelle aus Gajus eine Bewandtnis haben, welche es wolle; jedenfalls läßt sich die Stelle aus der consultatio nicht wegräsoniren. Hier ist aber mit großer Bestimmtheit die Behauptung aufgestellt, daß die actio fiduciae nur dann auf die Erben übergehe, wenn sie vom Erblasser bereits eingeleitet worden.

Daß es übrigens Fälle gegeben haben müsse, wo die actio fiduciae activ unvererblich war, räumt Dernburg selber ein: er glaubt nur nicht, daß dies die Regel gewesen sei[21]).

Ich kehre jetzt wieder zu § 334 der Vaticanischen Fragmente zurück.

Der Sinn dieser Stelle scheint mir folgender zu sein.

Paulus, oder von wem sie nun herrühren möge, zählt hier fünf Fälle auf, in denen durch einen negotiorum gestor eine Klage erhalten, beziehungsweise erworben werden kann. Diese fünf Klagen sind:

---

[19]) Gaj. II, 60.

[20]) Gaj. II, 59.

[21]) Die neuerdings über ein pactum fiduciae in Spanien aufgefundene Erzinschrift gibt über obige Frage keinen Aufschluß. Vgl. über dies pactum fiduciae Degenkolb, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1869, Bd. IX., S. 117 fgg.

die actio rei uxoriae,
die actio gegen den sponsor,
das interdictum quod vi aut clam,
die actio furti manifesti,
die actio fiduciae.

Daß die actio furti manifesti und das interdictum quod vi aut clam durch jeden beliebigen Dritten erworben werden könne, ist auch anderwärts gesagt [22]).

Uebrigens sind diese zwei Fälle von den übrigen drei wesentlich verschieden, und hier komme ich auf einen bereits angeregten Punkt zurück. Denn in diesen beiden Fällen wird durch einen Dritten eine Klage erworben, die sonst nicht entstanden wäre. In den übrigen drei Fällen hingegen wird durch die Dazwischenkunft des Dritten nur verhütet, daß eine Klage nicht verloren gehe.

Ferner besteht in diesen beiden Fällen die Thätigkeit des Dritten darin, daß er den Dieb festhält, beziehungsweise den Neubau verhindert. In den übrigen drei Fällen dagegen wird der Verlust der Klage dadurch abgewandt, daß der Dritte klagt, „conveniat intra bien.“ — „denuntiat“.

So sind wir denn auf Fälle gestoßen, wo ausnahmsweise jeder beliebige negotiorum gestor als Kläger zugelassen wird.

Denn daß der Verfasser unserer Stelle wirklich einen negotiorum gestor, und nicht einen Procurator, dessen Vollmacht in bester Ordnung war, im Sinne hat, ergibt sich auf folgende Weise.

Der Satz, daß ein gehörig Bevollmächtigter für den Kläger auftreten konnte, stand bereits fest, und verursachte kein Kopfzerbrechen mehr.

Wenn der Verfasser unserer Stelle einen wirklich Bevollmächtigten im Sinne gehabt, so hätte er kaum die Frage aufwerfen können, ob hier per liberam personam eine Klage acquirirt oder nur retinirt werde. Denn dann handelte der Berechtigte ja selber, wenn auch durch einen Dritten, und brauchte gar keinen dritten Erwerber.

Endlich hätte unter dieser Voraussetzung die Zusammenstellung dieser drei Fälle mit dem interdictum quod vi aut clam und der actio furti manifesti gar keinen Sinn.

Für einen dieser drei Fälle ist uns übrigens noch in einer andern

---

[22]) fr. 7, § 3, de furtis 47, 2; fr. 3 pr. quod vi aut clam 43, 24; fr. 17 eodem.

Stelle ausdrücklich bezeugt, daß jeder beliebige negotiorum gestor klagend auftreten könne, nämlich für die actio rei uxoriae.

Vat. fr. 112.

> Apud magistratus de plano L. Titius his verbis a marito repetit. Anicius Vitalis dixit: Quoniam praesto est Flavius Vetus junior peto re — — — — — — ab eodem ex legibus et edictis dotem et peculium[23]) — — — ixit tabulis signatis nec pertulit. Flavius Vetus junior dixit: — — — — — us sum. Duum vir dixit: Sermo vester in actis erit — — — — — d heredes ejus rei uxoriae actio transierit cum is qui repe — — — — — — — curator neque procurator neque cognitor aut — — — — us — — — — — haberet Paulus respondit mulieris nomine postulatum u — u — — — — — — — — — — — — — — osse actionem rei uxoriae perpetuari.

Zu dieser Stelle gibt es dann noch ein altes Scholion, welches so lautet:

> H.: posse per quemcunque actionem rei uxoriae perpetuari.

Die Stelle ist zwar ebenfalls lückenhaft. Man kann jedoch sehen, warum es sich handelt. Es wird ein Ehemann von den Erben der Frau mit der actio rei uxoriae auf Herausgabe der dos belangt. Der Ehemann bestreitet seine Verpflichtung zur Herausgabe, da die Frau todt, und die actio rei uxoriae auf deren Erben nicht übergegangen sei; denn derjenige, welcher die dos noch bei Lebzeiten der Frau von ihm zurückgefordert habe, sei weder ihr Procurator, noch in anderer Weise ein Vertreter derselben gewesen.

Paulus entscheidet diesen Fall dahin: es sei Namens der Frau gefordert worden, und das sei ausreichend, die actio rei uxoriae zu perpetuiren.

Paulus spricht also mit andern Worten aus, daß eine actio rei uxoriae Namens der Frau von jedem beliebigen negotiorum gestor angestellt, und dadurch deren Uebergang auf die Erben herbeigeführt werden könne.

---

[23]) Vgl. zum Verständnis fr. 24 J. D. 23, 3.

Hiermit stimmt denn auch das alte Scholion zu unserer Stelle vollständig überein.

Zur Erklärung dieses Rechtssatzes sei dies bemerkt.

Ursprünglich hatte eine Frau im Falle der Scheidung wegen ihrer dos keine Rückforderungsklage [24]).

Zur Zeit der klassischen Römischen Juristen hatte die Frau im Falle der Scheidung zwar die actio rei uxoriae, auf ihre Erben ging diese Klage indes nicht anders über, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit [25]).

Diese mora konnte nicht bloß durch Klage, sondern auch durch einfache Mahnung herbeigeführt werden. Jedoch reichte die einfache Mahnung hier häufig nicht aus, wie weiter unten gezeigt werden soll.

Nach Justinian'schem Recht ging diese Klage ohne weiteres auf die Erben der Frau über [26]).

Bereits zur Zeit der klassischen Römischen Juristen empfand man es aber schon als eine Härte, daß den Erben der geschiedenen Frau unter Umständen keine actio rei uxoriae gegen den Mann zustehen solle.

Sie nahmen es daher hier mit der processualischen Vertretung so genau nicht, und legten der Klage eines jeden beliebigen negotiorum gestor die Wirkung bei, daß dadurch die actio rei uxoriae perpetuirt werde.

Diese Rechtsbildung wird um so mehr im Geiste der Zeit gelegen haben, als die Frau, um ihren Erben den Dotalanspruch auf alle Fälle zu sichern, bei Hingabe der dos ja nur nöthig gehabt hatte, sich deren Rückgabe stipulationsweise versprechen zu lassen, was schon zur Zeit der klassischen Juristen häufig genug geschehen sein wird.

Mit dieser Erklärung stimmt Bechmann [27]) überein. Nur nimmt derselbe daneben als möglich an, „daß Paulus nur den Satz aufstellen wollte: um den Uebergang der actio rei uxoriae auf die Erben zu bewirken, brauche der klagende Stellvertreter der Frau weder die Eigenschaften eines cognitor, noch eines Proceßprocurator zu haben; es genüge vielmehr ein ganz formloser Auftrag."

---

[24]) Gell. N. A. IV, 3; Bechmann, das Römische Dotalrecht, Bd. I., S. 68 fgg.; Voigt, die Lex Maenia de dote, S. 36; Czyhlarz, das Römische Dotalrecht, Gießen 1870, S. 38 fgg.

[25]) Ulp. VI, 7.

[26]) c. un. § 4 de rei ux. act. V, 13.

[27]) a. a. O. Bd. II. S. 297 fgg.

Ich würde dies lieber so fassen: es genüge, wenn der Vertreter nur in gutem Glauben gehandelt hätte, sollte auch der Vollmachtspunkt formell noch nicht vollständig in Ordnung gewesen sein.

Nach dieser Auffassung hätten wir es dann in unserer Stelle gar nicht mit einem neuen negotiorum gestor zu thun, sondern mit dem nämlichen, mit dem wir uns in diesem Paragraphen an zweiter Stelle beschäftigt haben.

Allein mag nun der § 334 der Vaticanischen Fragmente so lückenhaft sein, wie er will: ich meine, die Zusammenstellung mit dem interdictum quod vi aut clam und der actio furti manifesti weist entschieden auf einen besonderen Fall der negotiorum gestio hin.

Dann steht in unserer Stelle ausdrücklich neque procurator. Durch diesen allgemeinen Ausdruck wird jedenfalls auch der Vertreter mitumfaßt, den Bechmann im Sinne hat. Es ist nicht etwa bloß von einem procurator praesentis und apud acta constitutus die Rede.

Endlich kann man sich doch nicht so ohne weiteres über das ganz deutlich redende Scholion wegsetzen.

Ebenso unbestimmt wie Bechmann drückt sich auch Chyhlarz aus [28]).

Es dürfte nicht ungerechtfertigt erscheinen, den Erklärungsversuch, den wir für diese negotiorum gestio bei der actio rei uxoriae gefunden haben, auch für die andern beiden Fälle gelten zu lassen.

Der Satz, daß die actio fiduciae activ unvererblich sei, sowie der Satz, daß ein sponsor nach Ablauf von zwei Jahren nicht mehr belangt werden könne, hatten sich zu Zeiten der klassischen Römischen Juristen schon ebenso überlebt, wie der Satz, daß die actio rei uxoriae im Fall einer Ehescheidung nicht auf die Erben der Frau übergehe. Wenn daher nur in irgend einer Weise innerhalb der zwei Jahre, beziehungsweise bei Lebzeiten der Frau oder des Schuldners, eine Klage eingeleitet worden, sei es auch von einem gänzlich Unberufenen, war man schon zufrieden und nahm an, daß die Klage nicht verloren gegangen sei. Der negotiorum gestor fand sich ein, weil es galt, für Rechtssätze, die sich bereits überlebt hatten, möglichst wenig Anwendungsfälle übrig zu behalten; er erscheint hier gewissermaßen als ein Pionier des Fortschrittes.

---

[28]) a. a. O. S. 299, Anm. 6.

Derartige Erscheinungen hat das heutige Rechtsleben ebensowohl aufzuweisen. Wo sich ein Rechtssatz einmal überlebt hat, greift auch die heutige Praxis, bald mehr bald weniger bewußt, nach jedem Strohhalm, um Härten zu vermeiden.

Alles Bisherige hat nur Vorbereitung sein sollen, um einer Stelle, die bereits oben ausgeschrieben ist, Verständnis abzugewinnen. Ich meine fr. 24, § 2, Us. 22, 1.

Paulus sagt hier:

„Eine Mahnung wirkt für einen Gläubiger, mag er nun selber mahnen, mag er damit Jemand beauftragt haben, oder mag ein negotiorum gestor für ihn mahnen. Auch werde in diesem Falle nicht durch eine freie Person erworben, sondern ein Dienst erzeigt, sowie wenn Jemand einen, der bei mir stiehlt, ergreift, mir als negotiorum gestor die actio furti manifesti verschafft. Ebenso macht ein Procurator, wenn er Jemand mahnt, der einen Sclaven versprochen hat, die Stipulation zu einer fortdauernden."

Auf den ersten Augenblick scheint Paulus hier den Satz auszusprechen, daß jeder beliebige Dritte, so gut wie er einen Dieb ergreifen, und dadurch dem Bestohlenen die actio furti manifesti verschaffen, so gut auch für den Gläubiger wirksam mahnen könne.

Allein schwerlich hat Paulus einen so allgemeinen Satz, der in dieser Allgemeinheit sehr bedenklich wäre, aufstellen wollen.

Die Stelle ist aus dem siebenunddreißigsten Buche seines Edicts-Commentares.

Nun behandelte aber Paulus in den Büchern 35, 36 und 37 seines Edicts-Commentars das Eherecht [29]). Auch diese Stelle bezieht sich auf das Eherecht.

Ueberhaupt die ganze Partie von fr. 21 bis fr. 24 Us. ist dem Eherecht entnommen. Denn auch Ulpian beschäftigte sich in dem 33. und 34. Buche seines Edicts-Commentars mit diesem Gegenstande [30]). Ich werde hierauf noch zurückkommen.

Nach Hommel's Palingenesie sind außer unserer Stelle dem 37. Buche des Edicts-Commentars von Paulus noch entnommen:

fr. 38 de jurej. 12, 2;
fr. 22 de us. 22, 1;

---

[29]) Vgl. Rudorff, Edictum perpetuum § 119 bis § 121 und ebendaselbst S. 272.

[30]) Rudorff a. a. O.

fr. 26 S. M. 24, 3;
fr. 9 R. A. 25, 2;
fr. 21 eodem;
fr. 2 si ventris nomine 25, 5;
fr. 49 V. O. 45, 1;
fr. 4 de publ. jud. 48, 1.

Bei den meisten dieser Stellen lehrt der bloße Augenschein, daß sie sich mit dem Eherecht beschäftigen.

Wenn sich aber unsere Stelle auf das Eherecht bezieht, so ist es nicht schwer, den concreten Fall zu ermitteln, den Paulus vor Augen hatte.

Paulus spricht von einem per liberam personam adquiri, das nicht Statt haben soll. Er stellt ferner den Fall, den er im Sinne hat, zusammen mit dem Erwerb einer actio furti manifesti durch einen beliebigen Dritten. Wir begegnen hier also ganz der nämlichen Ideenverbindung, wie in Vat. fr. § 334, und können nicht füglich zweifeln: Paulus hatte die actio rei uxoriae im Sinne, und wollte den Satz aufstellen, daß diese auch dann auf die Erben der geschiedenen Frau übergehe, wenn nur ein beliebiger negotiorum gestor bei deren Lebzeiten gemahnt hatte.

Bei den beiden Fällen der negotiorum gestio, die da möglich sind, wo der Auftrag entweder vermuthet oder zweifelhaft war, sahen wir, daß ein negotiorum gestor in demselben Umfange wie er klagen, auch wirksam mahnen könne.

Jetzt haben wir noch einen dritten Fall der negotiorum gestio kennen gelernt. Wir haben gesehen, daß es Fälle gab, wo ein negotiorum gestor als Kläger zugelassen wurde, wenn das Recht auch gar keinen Auftrag vermuthete, oder der Kläger auch gar nicht in der Meinung handelte, beauftragt zu sein.

Zu diesen Fällen gehörte auch die actio rei uxoriae. Diese ging an sich im Falle einer Ehescheidung nicht auf die Erben der Frau über. Wohl aber war dies der Fall, wenn es bei Lebzeiten der Frau zu einer Klagmittheilung an den Ehemann gekommen war, sei es auch, daß ein beliebiger negotiorum gestor die Klage eingeleitet hatte.

Nun lautete der betreffende Rechtssatz aber nicht bloß dahin, daß die actio rei uxoriae auf die Erben der Frau übergehe, wenn es bei deren Lebzeiten zu einer Klagmittheilung gekommen. Er lautete

vielmehr allgemeiner so: daß die actio rei uxoriae sich vererbe, si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.

Eine mora konnte indes nicht blos durch Klagemittheilung, sondern auch durch einfache Mahnung herbeigeführt werden.

Hatte man demnach den Satz, daß zur Klagmittheilung jeder beliebige negotiorum gestor tauglich sei, so mußte dies füglich auch von der einfachen Mahnung gelten.

Und dieser Satz ist es, den Paulus in unserer Stelle ausspricht.

So sind wir denn auch für den dritten Fall der negotiorum gestio zu dem nämlichen Ergebnis gelangt, wie für die beiden andern Fälle. Die Frage, in wie fern ein negotiorum gestor klagen könne, geht auch hier Hand in Hand mit der Frage, in wie fern ein negotiorum gestor mahnen könne.

Und gerade bei der Dotalklage mußte sich diese Entwicklung um so leichter machen, als, wie wir noch unten sehen werden, die Römer sich hier vorzugsweise zur Mahnung der Klagmittheilung bedienten, die auch Paulus noch im Principium unsers fr. 24 ausschließlich vor Augen hat.

Der Satz, der uns aus dem Römischen Recht entgegen tritt, läßt sich demnach dahin fassen: so fern ein negotiorum gestor klagen, kann er wirksam mahnen.

Dies ist ein sehr verständiger Satz. Denn so weit das Recht Jemand die Macht in Händen gibt, den Schuldner durch Klage zu zwingen, so weit kann das Recht vom Schuldner füglich erwarten, daß er auch einer einfachen Mahnung Folge leiste. So weit dies aber nicht der Fall, kann der Schuldner dem sich aufdrängenden negotiorum gestor mit Fug und Recht erwidern: er möge sich gefälligst nicht um Dinge kümmern, die ihn nichts angehen.

Von den drei Arten der negotiorum gestio, die wir in diesem Paragraphen bisher kennen gelernt haben, umfaßt die dritte Art lauter Fälle, die schon zu Justinians Zeiten unpractisch waren.

Unser fr. 24, § 2, de usuris lehnt sich an die dritte Art der negotiorum gestio.

Die Justinian'schen Compilatoren hätten also, genau betrachtet, unsere Stelle gar nicht in der Fassung, wie geschehen, aufnehmen sollen. Das ist indes ein Schicksal, das unsere Stelle mit vielen theilt.

Eine ziemlich genaue Parallele bieten z. B. die Schlußworte in fr. 20, § 11, H. P. 5, 3, dar[31]).

Mommsen, S. 54, versucht, unsere Stelle in folgender Weise zu erklären:

„Wenn dessen ungeachtet die L. 24, § 2, D. cit. von einer mora quae ei qui negotia creditoris gerebat, facta sit, spricht, so muß man dies auf Fälle beziehen, in welchen durch die Geschäftsführung des negotiorum gestor das Forderungsrecht begründet ist. In diesen Fällen kann der Geschäftsführer selbst die Klage anstellen, und ist daher unzweifelhaft auch im Stande, eine wirksame Interpellation vorzunehmen. Diese Interpretation dürfte auch nicht als zu gewagt erscheinen; denn da nach den Worten der L. 24, § 2, D. cit. vorauszusetzen ist, daß der negotiorum gestor bereits vor der Interpellation die Geschäfte des Gläubigers geführt habe („ei qui negotia ejus gerebat"), daß also die Geschäftsführung nicht allein in der Interpellation bestanden habe, so liegt es in der That nicht fern, zu supponiren, daß die Forderung eben durch die Geschäftsführung entstanden sei."

Welchen Inhalt doch ein einziges Imperfectum, wie hier gerebat, haben kann!

Das Imperfectum gerebat steht in unserer Stelle im Gegensatz zum Plusquamperfectum mandaverat. Paulus unterscheidet zwei Fälle. In dem einen Falle hatte der Gläubiger beauftragt — mandaverat — Plusquamperfectum. In dem andern Falle lag ein solcher Auftrag aus der Vergangenheit nicht vor, hier handelte der Mahnende auf eigne Faust — negotia gerebat — Imperfectum.

Nach Mommsen hat dagegen gerebat sowohl die Bedeutung eines Imperfecti, als die Bedeutung eines Plusquamperfecti. Das verstößt aber gegen die Anfangsregeln der Lateinischen Grammatik, und schon aus diesem Grunde ist seine Erklärung nicht zu halten.

Ich werde übrigens auf die Ansicht Mommsen's noch zurückkommen.

Um die Frage, in wie ferne nach Römischem Rechte ein negotiorum gestor klagen konnte, zum Abschluß zu bringen, muß ich jetzt noch auf einen Punkt aufmerksam machen.

---

[31]) Vgl. dazu Francke, Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione, Göttingen 1864, S. 240, 241.

Die Proceßführung eines negotiorum gestor konnte durch Genehmigung des Vertretenen für und gegen ihn wirksam werden. Ein negotiorum gestor, dessen Proceßführung nachträglich genehmigt wurde, stand gerade so da, wie ein Procurator, dessen Vollmacht von Beginn des Rechtsstreites an in bester Ordnung gewesen war[32]). Die Genehmigung hatte hier rückwirkende Kraft[33]).

Diesen Satz hat zwar das heutige Proceßrecht ebenfalls[34]), worauf ich noch zurückkommen werde. Allein heutzutage hat dieser Rechtssatz um deswillen weniger zu bedeuten, weil gleich bei Beginn des Rechtsstreites der heutige Richter von Amtswegen darauf halten muß, daß der Vollmachtspunkt seine Erledigung finde[35]).

Aehnliches haben freilich im Jahre 382 die Kaiser Gratianus, Valentinianus und Theodosius gleichfalls vorgeschrieben[36]), allein vorher ist es nur nicht so gehalten worden, wie wir aus Gajus wissen.

Gajus sagt uns nämlich in einer bereits besprochenen Stelle[37]):

> quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud judicem ostenditur.

Der Prätor kümmerte sich also häufig gar nicht um den Vollmachtspunkt, sondern überließ dies dem Geschwornen.

Darnach konnte also jeder Procurator einen Rechtsstreit das ganze Verfahren in jure hindurch ohne Vollmacht führen; es war noch zeitig genug, wenn er seine Vollmacht dem Geschwornen vorzeigte.

Nun haben wir aber gesehen, daß einem bevollmächtigten Procurator derjenige negotiorum gestor gleichstand, dessen Proceßführung vom Vertretenen genehmigt wurde.

Darnach konnte also auch jeder Beliebige als negotiorum gestor einen Rechtsstreit das ganze Verfahren in jure hindurch führen; es war noch zeitig genug, wenn er dem Geschworenen nachwies, daß der Vertretene seine Proceßführung gutgeheißen habe.

Dieser negotiorum gestor unterschied sich indes wesentlich von den drei Fällen der negotiorum gestio, die wir bisher betrachtet

---

32) fr. 3, § 1, Jud. solvi 46, 7.

33) fr. 56 de jud. 5, 1.

34) Wetzell, Civilproceß, zweite Auflage, S. 63.

35) Wetzell, a. a. O., S. 63, 64.

36) c. 3 C. Th. de cognitoribus et procuratoribus II, 12; c. 24 C. J. de proc. II, 13.

37) Gaj. IV, 84.

haben. Denn die ersten drei negotiorum gestores hatten ein Zwangsrecht gegen den Beklagten; derselbe mußte sie sich gefallen lassen. Dagegen in dem zuletzt besprochenen Falle konnte der Beklagte nicht gezwungen werden, sich mit dem negotiorum gestor gegen cautio de rato in einen Proceß einzulassen[38]; er konnte ihn vielmehr mittelst einer Einrede abwehren[39]. Und wenn auch diese Einrede durch die Genehmigung des Vertretenen hinfällig wurde; immerhin leuchtet ein, daß der Beklagte hier eine andere Stellung einnahm, als den übrigen drei negotiorum gestores gegenüber.

Ob und wie weit es nun einer derartigen Einrede bedurfte, eventuell ob und wie weit der Geschworne von Amtswegen den Vollmachtspunkt zu erledigen hatte[40], sind Fragen, deren Erörterung hier auf sich beruhen mag. Jedenfalls kamen Fälle vor, wo ein negotiorum gestor der zuletzt gedachten Art einen Rechtsstreit bis zur res judicata durchführte. Ein Beispiel dieser Art enthält z. B. fr. 25, § 1, de exc. rei jud. 44, 2. Denn daß diese Stelle sich wirklich auf diesen negotiorum gestor bezieht, dafür spricht die Ausdrucksweise „Si te negotiis meis obtuleris et fundum nomine meo petieris.

Wo möglich noch deutlicher redet fr. 18, § 3, N. G. 3, 5:

subicere debes aliquem, qui a te petat meo nomine,

eine Stelle, die Chambon[41] sehr viel Schwierigkeit verursacht hat.

Diesen vierten negotiorum gestor, den sich der Schuldner als klagenden nicht gefallen zu lassen brauchte, hatte er auch nicht nöthig, als mahnenden gelten zu lassen. Denn nähme man dies an, so käme man ja zu dem Ergebnis, daß jeder Beliebige mahnen könne, und daß eine derartige Mahnung wirksam sei, sobald sie nur vom Gläubiger genehmigt werde. Dieser Satz ist indes dem Römischen Rechte durchaus fremd gewesen.

So sehen wir denn, daß die Frage, in wie fern ein negotiorum gestor mahnen könne, mit der Frage Hand in Hand geht, in wie fern der Schuldner sich denselben, als klagenden, gefallen lassen mußte. Es gelten indes über processualische Stellvertretung heutzutage ganz andere Grundsätze, als nach Römischem Recht. Wollen wir demnach mit unserer Frage für das heutige Recht

---

[38] Vgl. Keller, Litiscontestation, S. 310, Anm. 5.

[39] c. 2 C. de eo qui pro tutore V, 45; fr. 57, § 1; fr. 62 de proc. 3, 3.

[40] Vgl. fr. 8, § 2, fr. 57, § 1, de proc. 3, 3; c. 13 C. de proc. 2, 13.

[41] Negotiorum gestio, S. 85 fgg.

zum Abschluß kommen, so müssen wir uns zunächst ein wenig die Stellvertretung im heutigen Proceß betrachten.

§ 21.

In wie fern kann ein negotiorum gestor mahnen? — Heutiges Recht.

Noch nach Justinian'schem Recht stand der Proceßprocurator wesentlich anders, als heutzutage da. Auch im Proceß, wie anderswo, läßt das Justinian'sche Recht die Repräsentation nur auf einem Umwege zu. Die processualischen Handlungen des Procurators erzeugten zunächst nur Rechtsverhältnisse für diesen, die man dann erst auf künstliche Weise auf den Vertretenen zurückbezog. Der Procurator wurde durch die litis contestatio zum dominus litis.

Heutzutage ist dieses dominium litis im Falle einer Vertretung mit allen seinen Folgen weggefallen. Jede Handlung, die heutzutage ein Procurator vornimmt, wirkt unmittelbar und ausschließend für den Vertretenen [1]).

Aus diesem Wegfallen des dominium litis im Falle einer Vertretung hat Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 242 gefolgert, daß heutzutage für den Kläger ein Stellvertreter ohne Vollmacht nicht zugelassen werden dürfe. „Denn da der Proceß überhaupt keine Wirkung für den Procurator hat, so muß, was ein Repräsentant ohne Vollmacht (falsus procurator) thut, da es auch den Herrn nicht bindet, ungültig sein, der Herr müßte es denn ratihabiren, wodurch das ganze Verfahren convalescirt."

Darnach würde denn heutzutage ein negotiorum gestor für den Kläger gar nicht mehr zuzulassen sein; die Grundsätze des Römischen Rechts über das mandatum praesumtum und incertum wären mithin unpractisch.

Allein daß die Proceßführung eines Repräsentanten ohne Vollmacht den Herrn nicht binde, er müßte denn ratihabiren, nahm auch das Römische Recht im Falle eines mandatum praesumtum wie incertum an. Aus diesem Grunde verpflichtete es ja gerade hier den Repräsentanten de rato zu caviren.

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 239 fgg. — Wetzell, Civilproceß, zweite Auflage, S. 63 fgg.

Dieser Satz kann also unmöglich daraus folgen, daß der Proceß heutzutage keine Wirkung für den Procurator mehr habe. Der eine Rechtssatz liegt ganz außerhalb der Sphäre des andern.

Wenn das heutige Recht für den Fall der wirklichen Vertretung andere Grundsätze wie das Römische Recht hat, so ist es daneben eine offene Frage, in wie fern ein Repräsentant ohne Vollmacht zugelassen werden darf.

Gleichwohl glaube ich, daß Bethmann=Hollweg im Endresultate Recht hat: die Römischen Grundsätze vom mandatum praesumtum und incertum gelten heutzutage nicht mehr.

Der Grund hierfür ist indes ein anderer: der Grund hierfür liegt darin, daß es heutzutage mit dem Legitimationspunkte strenger genommen wird, als nach Römischem Rechte.

Besondere Beachtung verdient in dieser Beziehung § 68 des Deputationsabschiedes zu Speyer vom Jahre 1600, wo es heißt:

„Benigers nit ist beschwerlich für gefallen, wann ein Procurator nur allein cavirt, aber noch re ipsa keinen Gewalt vorbracht, daß man, pendente illo termino cautionis, ad legitimationem nit wol procedire, oder, citra periculum elusionis futurä, etwas, auch quoad präfixionem termini, (qui facile extra tempus cautionis, et sic in tempus inhabile, incidere potest), sprechen oder erkennen mag; alldieweil dann noch ungewiß ist, ob die legitimatio re ipsa erfolgen werde, auch offt sich zugetragen, daß solches hernacher verblieben; derwegen dann zu besorgen, daß alles das jhenig, was zuvor gehandelt, geurtheilt, oder sonsten gerichtlich geschehen, ganz zu grundt fallen, und vernichtiget werden möchte, deren keines jemandt, so es gegen jhn ergangen, oder ergehen möchte, vermuthlich ratificirn, und durch vorbringung Gewalts genemb halten, sondern lieber die straff der ermessigung leiden, und die durch solchen verzug verursachte kosten und schäden erlegen würde, und, wann darauff der Proceß in contumaciam angestelt (welches von newen geschehen muß, alldieweil alles anders, so zuvor gehandlet, gefallen), alsdann sich erstlich mit der legitimation herfür thun, sich erlassen, und die sach in dem standt, darinnen er dieselbige in hoc processu contumaciä befindet, annemen mag; — — — — — — — —
— — — — — — — — — — — — — — — — — —
Solchem allem zu vorkommen, und damit nit alles, was also gehandelt, in zweiffel, und dessen effectus allein in arbitrium unius

partis gestelt werde, auch der Richter etwas bestendigs, so wol in principali, als ratione termini cum comminatione aliqua solita, erkennen möge: Haben wir, auff vorhergehende Vergleichung, dahin geschlossen, setzen, ordnen und wöllen, daß in allen solchen sachen, darinnen periculum damni irreparabilis, vel annullationis sententiä vorhanden, hinfüran cautiones nit gestattet, sondern in contumaciam alsobald procedirt, oder jhe gar kurze Zeit, doch nach gelegenheit der nahe oder weit entsessenen Partheyen, ad veram legitimationem (welche in primo termino geschehen hatte sollen), sub comminatione proclamatis angesetzt; jedoch in andern puncten und submissionibus dergleichen cautiones zugelassen werden sollen."

Der Sinn dieses Reichsgesetzes ist folgender.

Zunächst werden die großen Unzuträglichkeiten dargelegt, die es mit sich führe, wenn Procuratoren nur allein cavirten, und keine gehörige Vollmacht beibrächten. In solchen Fällen könne der Richter nicht ohne periculum elusionis futurae erkennen. Man müsse immer besorgen, daß alles dasjenige, was zuvor gehandelt, geurtheilt, oder sonsten gerichtlich geschehen, ganz zu Grund fallen und vernichtet werden möchte.

Dem soll vorgebeugt, der Richter soll in die Lage gebracht werden, daß er etwas Beständiges erkenne, was nicht in Zweifel gezogen werden könne, und dessen Effectus nicht allein vom arbitrium unius partis abhänge.

Zu dem Ende wird verordnet, daß in allen solchen Sachen, darinnen periculum annullationis sententiae vorhanden, hinfüran Cautiones nicht gestattet sein sollen.

Damit ist aber ausgesprochen, daß für den Kläger ein negotiorum gestor gar nicht mehr zugelassen werden soll. Die Grundsätze des Römischen Rechtes über das mandatum praesumtum und incertum sind mit diesem Reichsgesetze schlechthin unvereinbar. Denn in beiden Fällen ist ja die Möglichkeit vorhanden, daß der vermeintlich Vertretene nachher nicht genehmigt, und auf diese Weise eine Annullation der Sentenz eintritt.

Den Unterschied, der in dieser Beziehung zwischen dem Römischen und dem heutigen Recht besteht, faßt Wetzell[2]) sehr richtig in die Worte:

---

[2]) Civilproceß, zweite Auflage, S. 63, 64.

„Weil aber gerade da, wo der Gegner am Bestand des Verfahrens vorzugsweise interessirt ist, d. h. wo er den Sieg errungen, oder in Aussicht hat, die Ratihabition am wenigsten erwartet werden kann, soll das Repräsentationsverhältniß gleich bei Einleitung des Processes liquide gestellt werden."

Gleichwohl bleibt Wetzell auf halbem Wege stehen. Die Grundsätze über das Römische mandatum incertum hält er zwar für beseitigt, nicht aber das mandatum praesumtum.

Das ist inconsequent. Denn beim mandatum praesumtum ist ebenso gut die Gefahr einer Sentenzannullation wie beim mandatum incertum vorhanden.

Mir will es sogar vorkommen, als ob die Stellung des Beklagten beim mandatum incertum noch mehr geschützt ist, als beim mandatum praesumtum.

Denn beim mandatum incertum hat der Beklagte es doch mit Jemand zu thun, der in gutem Glauben handelt; und wo wichtige Dinge in Frage stehen, braucht er sich das mandatum incertum gar nicht gefallen zu lassen. Dagegen beim mandatum praesumtum soll der Beklagte schon einen entgegen stehenden Willen des dominus darthun, wenn er sich des vermutheten Vertreters erwehren will.

Dann muß ich noch darauf Bezug nehmen, daß es für den heutigen Practiker kaum ein fremdartigeres Ding geben kann, als das Römische mandatum praesumtum. Ich möchte einmal den Lärm der Practiker sehen, wenn heutzutage jemand versuchen wollte, auf Vermuthung eines Auftrags hin gegen cautio de rato eine Klage durchzuführen!

Endlich ist gar nicht ersichtlich, welchem Bedürfnis durch dies mandatum praesumtum Rechnung getragen wird. Es ist viel besser, daß der Vollmachtspunkt sofort seine Erledigung finde, als daß man sich auf vage Vermuthungen stützt.

Das heutige Proceßrecht hat in dieser Beziehung einen großen Vorzug vor dem Römischen. Einen solchen Vorzug muß man aber unumwunden anerkennen, und nicht bemüht sein, denselben durch Herbeiziehung des Römischen Rechtes, wo es gar nicht hingehört, wieder zu verkümmern.

Heutzutage kann für den Kläger ein negotiorum gestor nur noch in folgender Weise vorkommen.

Es ist Gefahr im Verzuge, und es fehlte dem Procurator an

Zeit, sich gehörig bevollmächtigen zu lassen. Hier läßt der Richter vorläufig einen Procurator ohne Vollmacht zu; gibt ihm aber sofort auf, sich binnen kurzer Frist zu legitimiren. Erfolgt dann die Legitimation nicht nachträglich, so kann der Proceß keinen weiteren Fortgang nehmen.

Dann ist es möglich, daß die Vollmacht fehlerhaft war, dieser Fehler aber anfangs weder vom Richter noch der Gegenpartei beachtet wurde. Auf diese Weise ereignet es sich wohl, daß ein Proceß eine ganze Zeit hindurch von einem nicht gehörig legitimirten Procurator geführt wird. Sobald aber der Richter den Fehler sieht, muß der Vollmachtspunkt in Ordnung gebracht werden. Genehmigt dann der vermeintlich Vertretene die bisherige Proceßführung nicht, so hat es mit dem Processe ein Ende. Der vermeintliche Vertreter kann ihn nicht gegen cautio de rato fortsetzen. Dies läßt weder der heutige Richter zu, noch braucht sich die Gegenpartei es gefallen zu lassen.

Der negotiorum gestor, der heutzutage für den Kläger vorkommt, ist also immer nur ein solcher, den sich der Beklagte auf die Dauer nicht gefallen zu lassen braucht, und dessen Proceßführung nur dadurch Bestand erhält, daß sie der dominus genehmigt.

Diese Art der negotiorum gestio kannte auch das Römische Recht sehr wohl, und zwar, namentlich was das klassische Römische Recht anbetrifft, in viel weiterem Umfange als das heutige.

Wir sahen, daß nach Römischem Recht ein solcher negotiorum gestor einen ganzen Proceß durchführen konnte. Diese Möglichkeit ist auch nach heutigem Recht nicht ausgeschlossen. Es kann ja sein, daß weder Richter noch Gegenpartei den Mangel der Vollmacht des klagenden Procurators den ganzen Rechtsstreit über gewahr werden. Es kann dann ferner sein, daß der dominus negotiorum diese Proceßführung nicht zu genehmigen braucht, also befugt ist, den ganzen Proceß zu annulliren, obwohl eine derartige Annullationsbefugnis ebenso wie die Genehmigungsbefugnis [3]) ihre zeitlichen Grenzen hat.

Im vorigen Paragraphen fanden wir den Satz, daß der Schuldner sich nur insofern die Mahnung durch einen negotiorum gestor gefallen zu lassen brauche, als er sich diesen, als klagenden, gefallen lassen mußte.

Nun kennt aber das heutige Proceßrecht solche negotiorum ge-

---

[3]) Wetzell a. a. O. S. 63.

stores gar nicht, die sich ein Beklagter statt des Klägers aufdringen lassen muß. Daraus folgt, daß auch ein Schuldner heutzutage nicht nöthig hat, eine Mahnung hinzunehmen, die jemand als negotiorum gestor für den Gläubiger ausrichtet.

Eine weitere Frage ist die, ob ein Schuldner einem die Mahnung ausrichtenden negotiorum gestor gegenüber ausdrücklich protestiren muß, ob er durch Stillschweigen seinem Rechte etwas vergibt.

Der Zweck der Mahnung ist, die Erfüllung der Obligation herbeizuführen. Ein Schuldner, der die Erfüllung unterläßt, wenn die Mahnung von jemand ausging, der nicht dazu berechtigt war, kann unmöglich seinem Rechte etwas vergeben. Ein ausdrücklicher Protest kann zwar nichts schaden, ist aber andererseits nicht nöthig.

Daher kann es dem Schuldner auch nicht nachtheilig werden, wenn er sich irrte, wenn er den, der in der That nur ein negotiorum gestor war, für einen Beauftragten hielt. Steht es doch sogar einem Schuldner, der einem negotiorum gestor in gutem Glauben gezahlt hat, frei, zu condiciren [4]).

Freilich steht ein Schuldner, der die Mahnung eines negotiorum gestor berücksichtigt und gezahlt hat, anders da, als ein Schuldner, der diese Mahnung unberücksichtigt ließ. Denn der zahlende Schuldner hat ein fait accompli geschaffen. Das fait accompli hat aber auch im Privatrecht seine Bedeutung. Jetzt entsteht schon die Frage, wie lange ist einem solchen Schuldner gestattet, dieses fait accompli wieder rückgängig zu machen; und diese Befugnis des Schuldners hört jedenfalls auf, wenn der Gläubiger, so lange er hierzu befugt war, die Zahlung genehmigt hat [5]).

Und hier bietet sich uns eine Parallele mit der Proceßführung dar. Ein Beklagter braucht sich an sich für den Kläger keinen negotiorum gestor gefallen zu lassen. Wenn er sich nun aber täuscht, wenn er eine ganze Zeit hindurch mit Jemand processirt, den er für einen Beauftragten hielt, während es in der That ein negotiorum gestor war? Dann ist ein fait accompli geschaffen, dann entsteht schon die Frage, wie lange ist dem Beklagten gestattet, dieses fait accompli wieder rückgängig zu machen; und diese Befugnis des

---

[4]) fr. 58 pr. fr. 71, § 1, 2, Sol. 46, 3; fr. 14 c. c. d. c. n. s. 12, 4; fr. 25, § 1, ratam rem 46, 8.

[5]) Vgl. die eben angeführten Stellen.

Beklagten hört jedenfalls auf, wenn der dominus negotiorum, so lange er hierzu befugt war, die Proceßführung genehmigt hat.

So haben wir denn, um wieder auf unsern Gegenstand zurückzukommen, folgenden Satz erhalten. Die Mahnung eines negotiorum gestor, so weit sie keinen Erfolg hat, ist heutzutage eine durchaus wirkungslose Handlung. Die Mahnung eines negotiorum gestor kann nur insofern von Bedeutung werden, als sie Erfolg hatte und der Erfolg vom dominus negotiorum gestorum gutgeheißen wurde.

Regelmäßig freilich wird bei einer Mahnung, die Erfolg hatte, die Genehmigung des dominus wohl nicht auf sich warten lassen. Man denke sich indes folgenden Fall. Ein Schuldner hat gegen verhältnismäßig hohe Zinsen ein Darlehen in der Weise aufgenommen, daß er erst nach Ablauf einer Reihe von Jahren zur Zurückzahlung berechtigt ist, während der Gläubiger es jeden Augenblick zurückfordern kann. Jetzt erfolgt eine Mahnung durch einen negotiorum gestor. Sofort packt der Schuldner das Geld zusammen, und stellt es dem Gläubiger zu. Hier ist es doch noch die Frage, ob der Gläubiger genehmigen wird.

Uebrigens geht eine Mahnung, die Erfolg hat, schon in einen andern Rechtsbegriff über, nämlich in den der Erfüllung, insonderheit den der Zahlung, oder doch mindestens den der Oblation. Uns kümmert hier aber nur die Mahnung, die keinen Erfolg hat. Und da diese Mahnung von einem negotiorum gestor heutzutage nicht wirksam vorgenommen werden kann, so sind wir mit dem negotiorum gestor abgefunden.

Freilich hat es einer weitläufigen Auseinandersetzung bedurft, ehe dies Ergebnis erreicht wurde. Die Schuld dürfte indes weniger an mir liegen, als dem Umstande zuzuschreiben sein, daß ich mich hier auf völlig ungebahnten Wegen befinde.

Zwar ist die negotiorum gestio in neuerer Zeit mehrfach behandelt worden. Man hat indes fast ausschließlich das Verhältnis des negotiorum gestor zum dominus negotiorum in's Auge gefaßt, den Dritten dagegen, der hier möglicherweise in Betracht kommen kann, zu wenig berücksichtigt.

Negotiorum gestor ist, wer sich um Dinge kümmert, die ihn nichts angehen. Nun behandelt allerdings das Recht diesen Aufdringling mit einer gewissen Duldsamkeit in seinem Verhältnis zu demjenigen, dem er nützen will, d. i. zum dominus negotiorum. Und so weit Angelegenheiten in Frage stehen, wie insulam fulcire, Schulden

bezahlen u. dgl., mag dieser Gesichtspunkt auch ausreichen. Es leuchtet aber ein, daß die negotiorum gestio ein ganz anderes Ansehen gewinnt, wenn Handlungen vorgenommen werden sollen, durch die möglicherweise ein Dritter benachtheiligt werden könnte. Hier wirft sich die Frage auf: in wie fern hat der Dritte nöthig, sich solche negotiorum gestio gefallen zu lassen? Und von Beantwortung dieser Vorfrage hängt die Zulässigkeit der negotiorum gestio ab.

Mit dieser Vorfrage haben wir uns hier in einem gewissen Umfange beschäftigen müssen. Wir haben gefunden, daß nach Römischem Recht für den Kläger nur ausnahmsweise ein negotiorum gestor auftreten konnte, und daß ebenso ein Schuldner sich nur ausnahmsweise die Mahnung durch einen negotiorum gestor gefallen zu lassen brauchte.

Für das heutige Recht kamen wir dagegen zu dem Ergebnis, daß sowohl eine Proceßführung für den Kläger, als eine Mahnung für den Gläubiger durch einen negotiorum gestor nur insofern von Bedeutung werden könne, als bereits ein fait accompli geschaffen.

Dieses Ergebnis soll jetzt noch von einem mehr allgemeinen Gesichtspunkte aus betrachtet werden.

Schon im Verhältnis zum dominus negotiorum macht sich der Gesichtspunkt geltend, daß der negotiorum gestor diesem nicht schaden darf.

fr. 38 N. G. 3, 5. — Gajus libro tertio de verborum obligationibus.

> Naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.

Denselben Anspruch kann aber auch der Dritte erheben, der hier möglicherweise in Betracht kommt. Es wäre doch in der That eine seltsame Erscheinung, wenn das Recht den Satz aufgestellt hätte, daß jeder Beliebige als negotiorum gestor zu Gunsten des dominus negotiorum jeden Beliebigen benachtheiligen könnte.

Hält man dies nur fest, so kommt man schon ganz von selber zu dem Satze, daß sich ein Dritter von einem negotiorum gestor Handlungen, die ihn möglicherweise benachtheiligen könnten, nicht gefallen zu lassen braucht.

Nur ein Ausfluß dieses allgemeinen Grundsatzes ist es, daß auch ein negotiorum gestor für den Gläubiger nicht wirksam mahnen

kann, denn durch Mahnung wird ja ein Dritter zu Gunsten des dominus negotiorum benachtheiligt.

Freilich hat diese Rechtsregel auch ihre Ausnahmen. Namentlich hatte das Römische Recht eine Reihe von Fällen, wo ein negotiorum gestor für den Berechtigten klagen und mahnen konnte. Und noch andern Ausnahmen sind wir begegnet. So konnte z. B. jeder negotiorum gestor einen fur ergreifen und auf diese Weise dem Bestohlenen die actio furti manifesti verschaffen. Ferner konnte ein negotiorum gestor durch prohibere für den Berechtigten das Interdictum quod vi begründen.

Wir haben uns überhaupt mehr mit den Ausnahmefällen als mit den Anwendungsfällen beschäftigt. Dies könnte Zweifel erwecken, ob die Ausnahmefälle nicht überwiegen, mit andern Worten, ob die aufgestellte Regel überall richtig sei.

Allein daß die Römischen Rechtsgelehrten das, was hier als Ausnahme behandelt, auch wirklich so aufgefaßt haben, ergibt ihre Begründung. Und was den zuletzt erwähnten Fall anbetrifft, so verdient namentlich Ulpian's Begründung in fr. 3 pr. Quod vi aut clam Beachtung, wo er sagt:

> ergo facto magis tuo delinquentis quam alieno adquiritur mihi actio.

Denn diese Worte lassen doch den Schluß zu, daß ein Nichtdelinquent nicht nöthig hat, sich einen negotiorum gestor gefallen zu lassen, der seine Lage verschlimmert. Da wir es nun aber bei unserer Frage vorzugsweise mit Nichtdelinquenten zu thun haben, so enthält die betreffende Bemerkung Ulpian's gleichzeitig eine Bestätigung unserer Regel.

Wir brauchen aber in dieser Beziehung auch gar nicht so ängstlich den Gründen der Römischen Rechtsgelehrten zu lauschen. Denn theils haben sie es selber nicht an Anwendungsfällen fehlen lassen, theils bietet sie das Leben in Fülle dar.

> fr. 30 Mand. 17, 1. — Julianus libro tertio decimo digestorum.
>
> Si hominem tibi dedero, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? respondi, si procurator justam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum

acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris paruero: si vero nulla justa causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

Es hat Jemand einen Sclaven zu Eigenthum erhalten mit der Auflage, ihn freizulassen. Ein Procurator verbietet die Freilassung. Unter Procurator haben wir uns jemand zu denken, der zwar zu andern Dingen Vollmacht erhalten hat, nur nicht gerade zu der Angelegenheit, um die es sich hier handelt. Diese Bedeutung hat procurator häufig [6]). Der Procurator ist also für uns nichts anders als ein negotiorum gestor. Denn hätte er wirklich Auftrag gehabt, so hätte es kaum zweifelhaft sein können, daß der Mandatar das Verbot beachten mußte [7]). Es wird demnach in unserer Stelle die Frage aufgeworfen, in wie fern ein negotiorum gestor für den Mandanten ein Mandat aufrufen könne [8]). Julian unterscheidet anscheinend, ob eine justa causa vorlag oder nicht. Hätte z. B. der Sclave nachträglich eine falsche Abrechnung aufgemacht, oder hätte sich herausgestellt, daß er seinem früheren Herrn nach dem Leben getrachtet habe, so mußte der Mandatar das Verbot des negotiorum gestor beachten, weil sonst dem Mandanten die Beweisführung erschwert werden konnte, da Freie nur ausnahmsweise gefoltert werden durften [9]). Julian scheint also bei vorliegender justa causa dem negotiorum gestor die Befugnis zur Aufrufung des Mandates einzuräumen. In Wirklichkeit kommt aber der negotiorum gestor beim Aufrufen des Mandates gar nicht in Betracht. Jeder Auftrag muß vernünftig ausgelegt werden. Aendern sich inzwischen die Umstände, oder werden auch nur bis dahin verborgene Thatsachen bekannt, so daß der Beauftragte sich sagen mußte, unter diesen Umständen würde er den Auftrag nicht erhalten haben, so darf er ihn nicht ausführen. Im vorliegenden Falle kam

---

[6]) Vgl. z. B. fr. 71, § 1, Sol. 46, 3; fr. 25, § 1, ratam rem 46, 8; fr. 65, § 8, pro soc. 17. 2.

[7]) Vgl. fr. 27, § 1, Mand. 17, 1.

[8]) Cujacius a. a. O. VI., 78, 79.

[9]) Vgl. z. B. Paul. R. S. V., 16, § 9. fr. 1, § 13, de quaestionibus 48, 18.

es also nur darauf an, daß der Beauftragte von der falschen Abrechnung und den sonstigen Schurkenstreichen des Sclaven Kenntnis erhielt. Das prohibere des negotiorum gestor, an sich genommen, ist ziemlich bedeutungslos.

So verstanden enthält aber unsere Stelle im Grunde den Satz, daß ein negotiorum gestor für den Auftraggeber den Auftrag nicht widerrufen darf.

Ich will dem in unserer Stelle enthaltenen Beispiele eins aus dem heutigen Leben zur Seite stellen.

Ein Sachwalt erhält Auftrag, eine Klage anzustellen. Ein menschenfreundlicher negotiorum gestor ruft das Mandat auf. Daran hat sich der Sachwalt nicht zu kehren. Er könnte vom Auftraggeber ja möglicherweise verantwortlich gemacht werden, wenn er sich daran kehrte.

Der Sachwalt erfährt, daß die Schuld mittlerweile bereits bezahlt ist, der Schuldner legt ihm z. B. den Postschein vor. Dieser Sachwalt darf gar keine Klage mehr anstellen; die Kosten, die auf diese Weise entständen, hat der Auftraggeber nicht zu tragen.

Darauf also kommt es an, ob der Beauftragte von den veränderten Umständen noch zeitig genug Kenntnis erhalten hat; ob ein negotiorum gestor ein Mandat aufruft, ist ganz gleichgültig.

Was den Text unserer Stelle anbetrifft, so will Th. Mommsen die Worte eum postea umstellen, also postea eum lesen. Nöthig ist diese Textesänderung gerade nicht. Denn so wie die Florentiner Handschrift hat, muß man annehmen, daß die Fälschung sich zutrug, während der Sclave sich schon beim Mandatar befand. So wie Th. Mommsen vorschlägt, könnte die Fälschung auch schon vorher begangen, aber erst später entdeckt sein. Die Entscheidung hätte freilich für diesen Fall ganz ebenso ausfallen müssen.

fr. 65, § 7, 8, pro Socio 17, 2. — Paulus libro trigensimo secundo ad edictum.

Renuntiare societati etiam per alios possumus: et ideo dictum est procuratorem quoque posse renuntiare societati, sed utrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo, cui hoc ipsum mandatum est, videamus, an vero per utrumque recte renuntietur? quod est verius, nisi si prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare.

§ 8. Item scriptum est posse procuratori quoque meo socium meum renuntiare quod Servius apud Alfenum ita notat: esse in potestate domini, cum procuratori ejus renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem. igitur is cujus procuratori renuntiatum est liberatus esse videbitur: an autem ipse quoque qui renuntiavit procuratori liberetur, in potestate ejus erit, quemadmodum diximus in eo, qui socio renuntiat.

Was den Text anbetrifft, so ist das vorletzte qui in der Florentiner Handschrift zwar erst von späterer Hand zugefügt, dem Sinne nach aber nicht zu entbehren.

Der Schlußsatz ist überhaupt fehlerhaft. So ist hinter ejus erit, wie Th. Mommsen meint, cui renuntiatum erit einzuschalten.

Statt renuntiat am Ende möchte ich vorschlagen renuntiat = renuntiat at = renuntiat ante tempus, vgl. § 6 ibidem.

Zunächst stellt Paulus in dieser Stelle den Satz auf, daß ein Gesellschafter auch durch einen andern den Gesellschaftsvertrag aufkündigen könne. Es sei einerlei, ob es ein Generalbevollmächtigter sei, oder ein Bevollmächtigter anderer Art, wenn es ihm nur nicht verboten worden.

Allerdings sagt Paulus nicht ausdrücklich, daß ein negotiorum gestor die Aufkündigung nicht vornehmen könne. Seine Meinung ist aber immerhin die gewesen, daß eine Generalvollmacht auch einen derartigen Auftrag mitumfasse, denn die Aufkündigung soll ja sofort wirken, ohne daß Genehmigung abgewartet zu werden braucht.

Paulus sagt also, die Aufkündigung kann durch einen Beauftragten erfolgen.

Freilich wird der negotiorum gestor durch die Worte mihi si prohibuerit u. s. w. noch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Gleichwohl muß dies die Meinung des Paulus sein. Denn sonst würde er ihn hier erwähnt haben, um so mehr, als er im folgenden Paragraphen die Frage ausführlich erörtert, in wie fern einem negotiorum gestor gekündigt werden könne.

So erhalten wir denn den Satz, daß ein negotiorum gestor für einen Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag nicht kündigen darf.

Ebenso darf auch ein negotiorum gestor für einen Gläubiger kein Capital, das dieser ausgeliehen hat, kündigen, auch kein Miethsverhältnis.

Die Mahnung ist eine Unterart der Kündigung.

Die letzten Beispiele, die wir betrachtet haben, gehören sämmtlich der Kündigung an.

So bildet sich der Satz, daß ein negotiorum gestor für den Gläubiger nicht kündigen kann.

Eine bloße Anwendung dieses Satzes ist es, daß er nicht mahnen kann.

Und der Satz, daß ein negotiorum gestor für den Gläubiger nicht kündigen kann, ist wieder nur ein Ausfluß des Grundgedankens, daß sich ein Dritter von einem negotiorum gestor Handlungen, die ihn möglicherweise benachtheiligen könnten, nicht gefallen zu lassen braucht.

Auf eine weitere Entwickelung dieses Grundgedankens muß ich hier verzichten.

Jetzt soll der gefundene Satz noch gegen abweichende Ansichten in Schutz genommen werden.

Die Ansicht Mommsen's haben wir bereits im vorigen Paragraphen kennen gelernt. Wir sahen dort, daß sie sich aus fr. 24 Us. nicht herauslesen lasse. Hier soll sie in sachlicher Beziehung geprüft werden.

Mommsen meint, ein negotiorum gestor könne da für den Gläubiger mahnen, wo das Forderungsrecht durch die Geschäftsführung des negotiorum gestor begründet sei.

Dies kann in doppelter Weise vorkommen: entweder erwirbt der negotiorum gestor die Forderung auf eignen Namen, oder unmittelbar für den dominus negotiorum.

Mommsen scheint die Fälle der ersteren Art im Sinne gehabt zu haben. Allein daß hier der negotiorum gestor mahnen kann, ist ziemlich selbstverständlich. Der Satz gehört aber gar nicht hierher, denn in solchen Fällen erscheint der negotiorum gestor bei Vornahme der Mahnung dem Schuldner gegenüber gar nicht als solcher.

Es können also nur die Fälle der zweiten Art in Betracht kommen. Oft freilich kann ein negotiorum gestor gar nicht so ohne weiteres eine Forderung unmittelbar für den dominus negotiorum erwerben. Ein negotiorum gestor kann z. B. nie und nimmer einen Kaufcontract zu der Wirkung unterschreiben, als ob diese Unterschrift vom dominus negotiorum herrührte [10]). Es gibt indes auch derartige

---

[10]) Vgl. Ruhstrat in Jhering's Jahrbüchern, Bd. X., S. 211 fgg.

Fälle. Einen solchen enthält z. B. das bekannte fr. 9, § 8, R. C. 12, 1. Hier hat ein negotiorum gestor Geld auf den Namen des dominus negotiorum ausgeliehen, und so diesem die condictio mutui unmittelbar erworben [11]). Kann hier der negotiorum gestor wirksam mahnen?

Wir müssen uns das Sachverhältnis zunächst etwas genauer ansehen. Die Forderung ist allerdings dem dominus negotiorum erworben, die Schuldverschreibung oder gar der Hypothekenschein vielleicht auf seinen Namen ausgefertigt. Wie entwickelt sich die Sache aber weiter? Hat der dominus negotiorum nöthig, diese Forderung zu behalten? Kann ihm der negotiorum gestor diese Forderung in Rechnung stellen? Durchaus nicht so ohne weiteres. Denn dann könnte es sich ja ereignen, daß ein dominus negotiorum gestorum bei seiner Rückkehr eine ganze Schieblade schlechter Hypothekenscheine vorfände, und dafür den Nennwerth an den negotiorum gestor zu zahlen hätte.

Es kommt hier alles auf die Umstände an, ob der dominus negotiorum diese Geschäftsführung genehmigen muß. Will er es nicht, und braucht er es nicht, so kann er die Forderung verwerfen, nomen reprobare [12]). Der negotiorum gestor darf ihm dann nicht diese Forderung in Rechnung stellen. Freilich gehört dem dominus negotiorum die Forderung, aber das läßt sich ändern. Er hat nur nöthig, die Forderung an den negotiorum gestor zu übertragen. Geschieht diese Uebertragung „zwar ohne Vorbehalt, aber auch ohne alle Gewährleistung", so hat der dominus negotiorum seiner Verpflichtung vollständig genügt.

Genau betrachtet, gehört also eine solche Forderung vorläufig nur formell zum Vermögen des dominus negotiorum; ob sie auch materiell dazu gehören soll, hängt von seiner Genehmigung ab.

Das kommt auch sonst vor, daß Forderungen nur formell zum Vermögen jemandes gehören. So wenn an jemand eine Forderung cedirt oder indossirt wird lediglich zum Zwecke der Eincassirung. Solche Forderungen können z. B. nicht mit zur Masse gezogen werden, wenn der Betreffende Concurs machen sollte.

Weil aber eine solche Forderung vorläufig nur formell zum Ver=

---

11) Ihering ebendaselbst Bd. II., S. 87 fgg.

12) c. 4 C. Si cert. pet. 4, 2.

mögen des dominus negotiorum gehört, möchte man meinen, der negotiorum gestor, der sie angeschafft hat, könne auch mahnen.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob ein solcher negotiorum gestor klagen kann. Denn aus dem Römischen Recht trat uns ja der Satz entgegen: einem negotiorum gestor, dem das Recht fehlt, den Schuldner zu zwingen, geht auch die Berechtigung zum Mahnen ab.

Nun hat allerdings unter Umständen ein solcher negotiorum gestor ein Klagerecht, selbst ohne daß ihm der dominus negotiorum die Forderung wieder abgetreten hätte, aber immer nur reprobato nomine [13]).

Das Verhältnis zwischen einem derartigen negotiorum gestor und dem dominus negotiorum ist demnach dies.

Der dominus negotiorum ist zunächst formell Eigenthümer der Forderung. Ob er es auch materiell werden will, hängt von seiner Genehmigung ab. So lange dies noch unentschieden, ist die Forderung der Einwirkung des negotiorum gestor gänzlich entzogen, er darf auch nicht mahnen.

Wenn aber der dominus negotiorum nachher die Forderung verwirft, so muß er sie dem negotiorum gestor wieder abtreten. Dann steht die Forderung wieder unter dem Einflusse des negotiorum gestor, dann kann er auch mahnen.

Und weil in der That die Forderung nur formell zum Vermögen des dominus negotiorum gehört, so soll, sobald sich nur entschieden hat, daß sie materiell nicht die seinige wird, es einer Rückübertragung gar nicht einmal immer bedürfen. Die Forderung wird dem negotiorum gestor auch ohnehin zugesprochen.

Sobald aber die Forderung dem negotiorum gestor entweder wirklich übertragen ist, oder sobald er auch nur beanspruchen kann, als solcher behandelt zu werden, ist er berechtigt, zu mahnen. Dann steht er aber dem Schuldner gar nicht als negotiorum gestor, sondern als Gläubiger gegenüber.

Wir kommen also immer wieder zu dem Satze zurück, daß für den Gläubiger kein negotiorum gestor mahnen kann.

Uebrigens ist der Darlehensfall keineswegs der einzige, wo ein negotiorum gestor unmittelbar Forderungen für den dominus nego-

---

[13]) c. 4 C. si cert. pet. 4, 2.

tiorum erwerben kann. Dies ist z. B. auch in der Weise möglich, daß der negotiorum gestor Forderungen auf den Namen des dominus negotiorum cediren, indossiren, zu Stadtbuch oder zu Hypothekenbuch umschreiben läßt u. s. w.

Ruhstrat[14]) hat über unsere Frage folgende Ansicht aufgestellt:

„Der in einer nützlich übernommenen Administration begriffene Gerant kann die nicht rechtzeitig erfüllenden Schuldner des dominus durch Interpellation in Verzug bringen. Jedoch muß er sich den Schuldnern darüber ausweisen, daß er in einer dem dominus nützlichen Verwaltung begriffen sei und sich zugleich zur Leistung der cautio de rato erbieten."

Allein negotiorum gestor ist, wer sich um Dinge kümmert, die ihn nichts angehen. Ein solcher möge vorher überlegen, ob er der Sache, die er angreift, aus eignen Mitteln gewachsen ist oder nicht. Menschenfreundlichkeit ist gewiß nur zu billigen; doch hat das Recht durchaus keine Veranlassung, diese menschenfreundlichen negotiorum gestores in der Weise zu begünstigen, daß sie aus lauter Menschenfreundlichkeit andere sollten elenden dürfen.

Ruhstrat meint freilich, wenn der negotiorum gestor nur durch sichere Bürgen oder Pfandbestellung cautio de rato leiste, so sei ein zahlender Schuldner so ziemlich jeder Gefahr überhoben. Ganz werde die Gefahr durch die Caution freilich nicht beseitigt, denn der dominus könne nicht zur Genehmigung gezwungen werden. Allein diese Gefahr erscheine zu unbedeutend gegenüber dem erheblichen Nutzen, welche es für verhinderte Geschäftsherren mit sich bringen könnte, wenn der Gerent im Stande wäre, ihre Debitoren in Verzug zu bringen.

Mich dünkt indessen, daß das Recht mehr Veranlassung hat, Schuldner auch gegen ferne Möglichkeiten einer Doppeltzahlung in Schutz zu nehmen, als Gläubigern beizustehen, welche die Besorgung ihrer Angelegenheiten dem Zufall einer negotiorum gestio Preis gegeben haben.

Bähr[15]) hat folgenden allgemeinen Satz aufgestellt:

„Ja es wird, wenn der Gläubiger mit Beziehung auf die durch den Procurator erfolgte Mahnung Klage erhebt, der Schuldner nicht einmal damit gehört werden dürfen, daß der procurator zur Zeit

---

14) Ueber negotiorum gestio, Oldenburg 1858, S. 77—83.

15) Anerkennung, erste Auflage S. 178, zweite Auflage S. 195.

der Mahnung gar nicht bevollmächtigt gewesen sei, da der Gläubiger durch die Klage die Handlung des procurator genehmigt, und dadurch den etwaigen ursprünglichen Mangel der Vollmacht erledigt."

Hierzu hat Bähr in der neuen Auflage folgende Anmerkung:

„Darauf beruht es auch, daß der im Proceß einmal zugelassene Procurator, wenn sich später seine Vollmacht als nicht in Ordnung befindlich ausweist, noch mit Nachbringung einer gehörigen Vollmacht zugelassen werden muß. L. 56 de judic. 5, 1."

Hat Bähr mit den Worten „Darauf beruht es auch" andeuten wollen, daß sich der zuletzt erwähnte Rechtssatz aus dem ersteren entwickelt habe, so ist das unrichtig. Die Entwicklung ist vielmehr die gewesen, daß der mahnende negotiorum gestor sich an den klagenden angelehnt hat.

Was aber weiter die Sache anbetrifft, so ist es allerdings richtig, daß der im Proceß einmal zugelassene Procurator, wenn sich seine Vollmacht später als nicht in Ordnung ausweist, mit Nachbringnng einer gehörigen Vollmacht zugelassen werden muß; obwohl die Regel auch ihre Ausnahmen hat. Denn wenn z. B. der Procurator seine Vollmacht gefälscht hätte, glaube ich nicht, daß der Gegner nöthig hat, sich die Genehmigung dieser Proceßführung gefallen zu lassen. Es kann doch unmöglich, während der Procurator criminell zu bestrafen ist, zugelassen werden, daß der vermeintlich Vertretene die Früchte dieser criminellen Begangenschaft sich aneigne.

Im übrigen ist ein großer Unterschied zwischen einer Proceßführung, als solcher, und unserer Mahnung. Denn im ersten Falle liegt, worauf ich schon hingewiesen habe, ein fait accompli vor, hier sind z. B. Schriften gewechselt, Termine abgehalten worden u. s. w.; dagegen unsere Mahnung ist eine Rechtshandlung, die keinen Erfolg gehabt hat.

Allerdings kann auch die Klagmittheilung als Mahnung verwandt werden, und wer als Kläger einen Proceß führt, mahnt fortwährend. Allein diese Proceßführung kommt in dieser Beziehung doch immer nur in sofern in Betracht, als sie keinen Erfolg gehabt, als sie z. B. die Zahlung nicht bewirkt hat, in sofern ist aber nichts zu genehmigen.

Dieser Gedanke mag noch ein wenig verfolgt werden. Man denke sich eine Proceßführung eines negotiorum gestor, der gesagt hätte, daß die Klagmittheilung als Mahnung gelten solle, sowie Genehmigung dieser Proceßführung durch den vermeintlich Vertretenen.

Wie steht es hier um die Mahnung durch den negotiorum gestor?

Darauf habe ich dies zu bemerken: eine Klagmittheilung wirkt immer nur unter der Voraussetzung als Mahnung, daß gleichzeitig alle Voraussetzungen dieser letzteren vorliegen. War daher eine Klage durch einen negotiorum gestor angestellt, so war dieser gar nicht befugt, zu beantragen, daß die Klagmittheilung als Mahnung wirken solle. Ist eine darauf gehende Einrede vom Beklagten in seiner Vernehmlassung nicht vorgeschützt, weil er glaubte, mit einem gehörig legitimirten Procurator zu thun zu haben, so kann er sich wegen Irrthum restituiren lassen. Die Wirkung dieser Einrede ist dann die, daß die Klagmittheilung nur als solche in Betracht kommt, und nur als solche Wirkungen äußert.

Das Ergebnis ist also dieses. Für den Gläubiger kann heutzutage kein negotiorum gestor mahnen. Eine Genehmigung einer derartigen Mahnung durch den dominus negotiorum könnte nur in sofern Bedeutung haben, als diese Genehmigung eine neue Mahnung enthielte. Rückwirkende Kraft hat eine derartige Genehmigung in dieser Beziehung jedenfalls nicht.

§ 22.

Der mahnende Gläubiger beziehungsweise dessen Bevollmächtigter oder Vertreter müssen sich auf Verlangen des Schuldners als solche ausweisen.

Ein Schuldner hat einem Gläubiger, der Hans Meyer heißt, den er aber gar nicht kennt.

Eines Tages tritt jemand bei ihm auf, der sich für Hans Meyer ausgibt.

Da könnte jeder kommen und sagen wollen: ich bin Hans Meyer.

Hans Meyer ist sich einen derartigen Einwand vermuthend gewesen. Er entfaltet seine Brieftasche und legt seinen Paß vor.

In demselben steht: Hans Meyer, Alter: neununddreißig Jahre, Statur: schlank, Haare: dunkelblond, Augen: blau, Gesichtsform: oval, besondere Kennzeichen: keine.

Ist das genügend? Keineswegs. Es gibt viele Menschen von schlanker Statur, dunkelblonden Haaren, blauen Augen und ovaler Gesichtsform.

Hans Meyer muß sich auf Verlangen des gemahnten Schuldners als solcher von Personen recognosciren lassen, die einerseits ihn, den Hans Meyer, persönlich kennen, und die andererseits auch dem gemahnten Schuldner von Person bekannt sind.

Versteht sich, wenn das Vorgeben des gemahnten Schuldners auf Wahrheit beruht, wenn er in Wirklichkeit Hans Meyer nicht kennt.

Hans Meyer behauptet, Cessionar zu sein. Dann muß er auf Verlangen eine Erklärung des Cedenten beibringen, daß dieser seine Forderung an ihn cedirt habe, z. B. eine vom Cedenten unterschriebene Cessionsurkunde.

Hans Meyer hat eine solche Cessionsurkunde, der gemahnte Schuldner kennt aber die Unterschrift des Cedenten nicht. Dann muß Hans Meyer auf Verlangen eine Cessionsurkunde beibringen, auf welcher die Unterschrift in gehöriger Weise, sei es nun gerichtlich oder notariell, beglaubigt ist [1]).

Hans Meyer ist Wechselgläubiger. Dann muß er auf Verlangen des Schuldners den Wechsel vorlegen.

Bei dieser Gelegenheit lernen wir gleichzeitig den Unterschied zwischen Mahnung und Präsentation zur Zahlung kennen. Jede Präsentation zur Zahlung ist gleichzeitig Mahnung. Zur Mahnung ist indes an sich keine Präsentation erforderlich. Denn jede Mahnung kann zunächst durch Aussprechen von Worten beschafft werden. Präsentation eines Wechsels läßt sich aber nicht durch Aussprechen von Worten beschaffen. Folglich kann die Präsentation bei Wechseln an sich nicht Bestandtheil der Mahnung sein.

Wenn aber dies auch richtig, so kann ein gemahnter Wechselschuldner doch immer verlangen, daß ihm der Wechsel präsentirt werde. Und kommt ein Wechselgläubiger diesem Verlangen nicht nach, so ist die Mahnung unwirksam. Stellt aber andererseits der gemahnte Wechselschuldner ein derartiges Verlangen nicht, gibt er vielmehr ausweichende Antworten, „das Geld sei ihm diesen Augenblick ganz gewaltig knapp" u. dgl.; so ist nicht einzusehen, weshalb hier eine Mahnung ohne Präsentation nicht vollkommen wirksam sein sollte.

Aehnlich verhält es sich mit den Inhaberpapieren. Auch hier kann der gemahnte Schuldner dasselbe verlangen, z. B. eine Bank, daß ihr die Banknote, deren Auslösung Hans Meyer verlangt, vorgelegt werde. Wenn aber der Inhaber der Banknote zur Antwort erhält, daß die Bank die Baarzahlung noch nicht wieder aufgenommen habe, so ist nicht einzusehen, weshalb hier eine Mahnung ohne Vorzeigung der Banknote nicht vollkommen wirksam sein sollte.

[1]) Vgl. Bähr zur Cessionslehre, in Ihering's Jahrbüchern Band I., S. 463 fgg.

Hans Meyer behauptet, Alleinerbe des ursprünglichen Gläubigers zu sein. Dann muß er sich auf Verlangen darüber ausweisen, daß er der nächste und alleinige Berechtigte zum Nachlaß des Verstorbenen sei. Vgl. fr. 13, pr. Depositi 16, 3.

In Mecklenburg ist dieser Punkt gesetzlich dahin geordnet, daß die Schuldner des Erblassers, welche von einem angeblichen Erben auf Zahlung besprochen werden, die Vorlegung eines Erbenzeugnisses verlangen dürfen[2]).

Das Mecklenburgische Erbenzeugnis läßt sich mit der Römischen bonorum possessio vergleichen. Auf Antrag der Betheiligten hat die betreffende Behörde von Amtswegen und ohne Einleitung einer processualischen Verhandlung zu prüfen, ob die sich Meldenden die nächsten und alleinigen Berechtigten zum Nachlaß des Verstorbenen sind. Findet die Behörde auf Grund der vorgebrachten Beweise oder der Notorietät kein Bedenken, so stellt sie das desfallsige Erbenzeugnis aus. Nun kommt es freilich vor, daß Diejenigen, welche das Erbenzeugnis erhalten haben, gar nicht die rechten Erben sind, wie es ja auch eine bonorum possessio cum re und sine re gab. Das kann indes dem Schuldner einerlei sein, da die Erbenzeugnisse alle in Bezug auf die Verlassenschaft erfolgten Handlungen derjenigen, welchen dieselben ertheilt sind, gegen eine Anfechtung von Seiten anderweitiger näherer oder gleich naher Erben dergestalt sichern, daß kein Dritter, welchem nicht böser Glaube nachzuweisen ist, von den letzteren dieserhalb in Anspruch genommen werden kann.

Mit Vorlegung eines Erbenzeugnisses muß sich also in Mecklenburg der gemahnte Schuldner zufrieden geben. Hält er sich gleichwohl für berufen, die Erbeneigenschaft zu bestreiten; so mag er sich verklagen lassen und dann versuchen, ob er im Stande ist, das Erbenzeugnis durch Gegenbeweis zu entkräften. Dies thut er aber auf eigne Gefahr, und gelingt ihm der Gegenbeweis nicht, so treffen ihn jedenfalls auch die nachtheiligen Wirkungen der Mahnung.

Der Vormund muß auf Verlangen sein Tutorium, und, wo es sich um Curatelcapitalien handelt, das obervormundschaftliche Erhebungsdecret vorlegen.

---

[2]) Vgl. für Mecklenburg-Schwerin die Verordnung vom 30. Mai 1857, § 1, betreffend die Legitimation in Erbfällen; für Mecklenburg-Strelitz dieselbe Verordnung vom 25. Mai. — Es wäre zu wünschen, daß dieser Punkt in ganz Deutschland in gleicher Weise geordnet würde.

Auch sonstige Vertreter des Gläubigers haben sich auf Verlangen des Schuldners als solche auszuweisen.

Dasselbe gilt von Beauftragten. Die publica fides ersetzt indes die Vollmacht. Wenn also ein Notar sagt, er mahne im Auftrage des Gläubigers, so hat er nicht nöthig, sich als dessen Beauftragter, etwa durch Vorlegung einer Vollmacht, auszuweisen.

Das Rostocker Oberappellationsgericht hat sich in dieser Beziehung bei Gelegenheit einer Kündigung freilich etwas anders ausgesprochen [3]). Dasselbe meint, ein öffentlicher Notar verdiene nur bis auf weiteres Glauben. Wenn ein Schuldner Grund habe, die von einem Notar behauptete Legitimation in Zweifel zu ziehen, so könne er einen näheren Nachweis derselben verlangen.

Dadurch würde ja aber der Notar auf die Stufe eines gewöhnlichen Beauftragten herabgedrückt. Was nützt dann die publica fides! Die Möglichkeit ist freilich nicht ausgeschlossen, daß ein Notar sage, er komme im Auftrage des Hans Meyer, während er von diesem gar keinen Auftrag hat. Aber der Sinn der publica fides ist gerade der, daß dasjenige, was ein Notar behauptet, so lange als wahr gilt, bis nicht der Gegenbeweis geführt ist. Glaubt ein Schuldner, daß er dem Notar nicht trauen dürfe, so ist es ihm ja unbenommen, sich direct beim Gläubiger zu erkundigen; vom Notar kann er Vorlegung einer Vollmacht nicht verlangen.

Daß der Gläubiger sich auf Verlangen als socher ausweisen müsse, hebt bereits Wolff [4]) richtig hervor.

Auf die Frage, daß ein Beauftragter sich als solcher auszuweisen habe, kommt Bähr in seiner Anerkennung gelegentlich zu sprechen. Derselbe sagt [5]):

„Damit der procurator Rechte des Geschäftsherrn Dritten gegenüber ausüben könne, muß er nicht allein bevollmächtigt sein, sondern auch den Dritten seine Vollmacht glaubhaft nachweisen. Ohne diese Nachweisung kann also z. B., wenn der procurator eine Schuld einmahnt, der Schuldner die Mahnung ablehnen und als nicht geschehen betrachten. Der Schuldner kann aber auf diese Nachweisung verzichten, und er thut dies, indem er den procurator als

---

[3]) Buchka und Budde Entscheidungen, Band II. S. 56.

[4]) a. a. O., S. 266, 267. Vgl. fr. 13, pr. Dep. 16, 3.

[5]) a. a. O., erste Auflage S. 177, 178; zweite Auflage S. 195.

solchen anerkennt, z. B. an ihn eine Abschlagszahlung leistet oder die Zahlung aus materiellen Gründen verweigert. Ist dies geschehen, so kann der Schuldner, wenn er auf den Grund der vom procurator geschehenen Mahnung verklagt wird, nicht aus der unterbliebenen Nachweisung des dem procurator ertheilten Auftrags einen Einwand entnehmen. Er hat auf diesen Einwand durch die Anerkennung verzichtet."

Mir will es indes vorkommen, als ob die Bähr'sche Anerkennung hier gar nicht hergehört, als ob durch deren Herbeiziehung ein an sich höchst einfaches Verhältnis nur verdunkelt würde.

Zunächst müssen wir uns jedoch darüber klar werden, von welchem Augenblicke an eine Mahnung Wirkungen äußert, wenn ein gemahnter Schuldner das Verlangen stellt, daß der Gläubiger oder dessen Beauftragter sich als solche ausweisen, und ihnen dieser Nachweis gelingt. Wirkt hier die Mahnung von dem Zeitpunkt an, wo sie ausgesprochen wurde, oder von dem Zeitpunkte an, wo der betreffende Nachweis geführt ist? Offenbar von dem letzteren Zeitpunkte an. Denn man kann unmöglich einerseits dem gemahnten Schuldner Befugnisse einräumen, und ihn andererseits dafür in Nachtheil bringen wollen, wenn er von seinen Befugnissen Gebrauch gemacht hat.

Ist aber dies richtig, so ergibt sich daraus wieder, daß ein gemahnter Schuldner, der den betreffenden Ausweis verlangt, dies Verlangen sofort bei der Mahnung stellen muß. Denn nähme man dies nicht an, was würde die Folge sein? Es würde dann in der Macht des Schuldners liegen, den Zeitpunkt zu bestimmen, von wann die Wirkungen der Mahnung eintreten, ja wohl gar, ob sie überhaupt wirksam sein solle. Das widerspräche aber dem Wesen der Mahnung durchaus: nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger ist hier der Bestimmende.

Dem entsprechend sagt auch Mommsen S. 60:

„überhaupt wird eine Einwendung gegen die Person des Mahnenden im Allgemeinen nicht berücksichtigt werden können, wenn der Schuldner die Interpellation ohne alle Einwendung angenommen hat; vorausgesetzt, daß der Interpellirende wirklich vom Gläubiger beauftragt war."

Wenn also ein Schuldner nicht sofort bei der Mahnung den betreffenden Ausweis verlangt, so verzichtet er damit auf eine Befugnis, die ihm zustand. Was hier die Anerkennung soll, ist schwer einzusehen.

Denn wer auf das Eine verzichtet, erkennt darum das Andere noch nicht an.

Wer etwas anerkennt, nimmt freilich etwas als erwiesen an, verzichtet also damit auf einen Nachweis. Daraus folgt indes keineswegs umgekehrt, daß derjenige, welcher auf einen Nachweis verzichtet, etwas anerkennt.

Auf dieser Verwechslung scheint die Ansicht Bähr's zu beruhen.

Ein gemahnter Schuldner, welcher vom Beauftragten des Gläubigers keinen Nachweis des Auftrags verlangt, sagt damit nur dies: ich will die Mahnung ohne Vorzeigung der Vollmacht als gültig hinnehmen, vorausgesetzt, daß alles in Ordnung, daß wirklich ein Auftrag vorlag.

Die Mahnung kann zunächst auch von Seiten eines Beauftragten durch bloßes Aussprechen von Worten beschafft werden. Nimmt dann der Schuldner die Mahnung stillschweigend entgegen, so ist die Mahnung als Rechtshandlung abgeschlossen. Verlangt aber der Schuldner Nachweis des Auftrages, so muß dieser geführt werden; und eher dieser nicht geführt wird, sind die Wirkungen der Mahnung gehemmt.

Ein Schuldner, der auf diesen Nachweis, den er sofort bei der Mahnung verlangen kann, verzichtet, erkennt an sich gar nichts an. Dies will ich durch ein paar Beispiele veranschaulichen.

Ein angeblicher Alleinerbe mahnt den Schuldner seines Erblassers. Der Schuldner nimmt die Mahnung stillschweigend entgegen. Die Mahnung ist also gültig unter der Voraussetzung, daß der Mahnende wirklich Alleinerbe des ursprünglichen Gläubigers war.

Ein halbes Jahr darauf bietet der Schuldner das geschuldete Geld sammt den Mahnungszinsen dem angeblichen Alleinerben an, verlangt aber Vorlegung des Erbenzeugnisses. Kann er dieses Verlangen jetzt noch stellen? Ganz entschieden. Die Mahnung ist eine Rechtshandlung für sich; die Zahlung ist ebenfalls eine Rechtshandlung für sich. Wenn ein gemahnter Schuldner auch alle Befugnisse, die er als solcher hat, nicht wahrnimmt; so kann er doch als zahlender Schuldner wiederum die Befugnisse wahrnehmen, die ihm, als solchem, zukommen.

Als zahlender Schuldner kann er aber gültige Quitung verlangen, und auch, daß der Quitirende seine Berechtigung dazu nachweise, z. B. das Erbenzeugnis vorlege.

Was aber vom Alleinerben muß ganz ebenso vom Beauftragten gelten.

Ein weiteres Beispiel wäre dies: wenn ein vom Alleinerben oder einem Beauftragten gemahnter Schuldner nach Ablauf eines halben Jahres verklagt würde. Denn sollte auch ein solcher Schuldner die Mahnung ruhig hingenommen haben, so müßte er doch damit gehört werden, wenn er in seiner Klagebeantwortung behaupten wollte, daß derjenige, welcher ihn gemahnt hätte, gar kein Alleinerbe sei, beziehungsweise keinen Auftrag zum Mahnen gehabt habe.

Klage und Klagebeantwortung sind wieder Rechtshandlungen für sich. Ein Schuldner, der auf Befugnisse verzichtet, die er bei Gelegenheit der Mahnung wahrnehmen konnte, ist dadurch in keiner Weise gehindert, die nämlichen Befugnisse in seiner Eigenschaft als Beklagter geltend zu machen.

Bähr wird vielleicht einwenden wollen, er habe auch gar nicht behauptet, daß ein Schuldner, der die Mahnung stillschweigend hinnehme, etwas anerkenne. Allein es kommt für unsere Frage eben alles darauf an, ob ein Schuldner bei der Mahnung auf den betreffenden Nachweis verzichtet, und unter welchen Voraussetzungen ein derartiger Verzicht anzunehmen ist. Die Möglichkeit einer Anerkennung neben diesem Verzichte soll freilich nicht geleugnet werden. Allein sie ist hier nur ein höchst gleichgültiger Umstand, gerade so gleichgültig, als ob sich ein beliebiges sonstiges Ereignis in der Person des Schuldners zugetragen, gerade so gleichgültig, als ob er meinetwegen das große Loos gewonnen hätte.

Uebrigens muß ich in Abrede nehmen, daß in den von Bähr gegebenen Beispielen eine Anerkennung, wie er sie haben will, vorliegt.

Was das erste Beispiel mit der Abschlagszahlung anbetrifft, so ist zunächst daran zu erinnern, daß jemand, der mit einer Mahnung beauftragt wird, damit auch nicht schon Auftrag erhält, Zahlung entgegenzunehmen.

Durch Leistung einer Abschlagszahlung würde also der Betreffende immer nur als zur Entgegennahme der Zahlung beauftragt anerkannt werden können. Dies hat indes mit unserer Frage gar nichts zu thun, und ist gar nicht einmal richtig. Aus einer derartigen Abschlagszahlung kann man höchstens entnehmen, daß der Zahlende glaubte, der Empfänger sei mit der Entgegennahme der Zahlung beauftragt. Glauben ist aber noch lange kein Anerkennen.

Ebenso bedenklich sieht es mit dem zweiten Beispiele aus. Wenn der Schuldner die Zahlung aus materiellen Gründen verweigert, so soll darin eine Anerkennung des Mahnenden als Beauftragten liegen.

Allein ein derartiger Schuldner spricht seine Ansicht über das Auftragsverhältnis gar nicht aus; in einem solchen bloßen Nichtaussprechen kann man indes unmöglich eine Anerkennung finden wollen.

Schließlich mag noch auf die Frage eingegangen werden, wie es wird, wenn an dem Mahnungsorte keine Personen sind, die Hans Meyer als solchen recognosciren können; oder wenn Hans Meyer nicht im Stande ist, eine Erklärung des Cedenten beizubringen, daß dieser seine Forderung an ihn cedirt habe.

Kann hier Hans Meyer etwa sofort klagen und über diese Punkte dem Schuldner den Eid zuschieben?

Betrachten wir uns zunächst den ersten Fall. Schwerlich wird man einem Schuldner zumuthen können, daß er schwöre: der Gläubiger sei gar nicht Hans Meyer, oder er glaube das nicht. Höchstens könnte man von ihm einen Eid dahin verlangen, daß er Hans Meyer nicht kenne.

Durch einen solchen Eid kämen wir aber wenig weiter. Es läge also immer noch Hans Meyer ob, sich über seine Persönlichkeit auszuweisen. Ist er hierzu nicht im Stande, so kann er nur unter der Voraussetzung Zahlung verlangen, wenn er dem Schuldner ausreichende Sicherheit dafür gewährt, daß er wirklich die richtige Persönlichkeit sei.

Aehnlich steht die Sache im andern Fall. Auch hier kann man dem Schuldner schwerlich zumuthen, daß er schwöre: Hans Meyer sei gar nicht Cessionar, oder er, der Schuldner, glaube das wenigstens nicht. Höchstens könnte man von ihm einen Eid dahin verlangen: er wisse nicht, daß Hans Meyer Cessionar sei.

Denn begehrt man mehr, so wälzt man ja die Erkundigungspflicht auf den Schuldner: dann wäre es ja nicht wahr, daß der Schuldner vom Cessionar Legitimation verlangen könnte.

Sehr richtig bemerkt in dieser Beziehung Trotsche[6]):

„so erscheint es doch als ein Widerspruch, wenn man z. B. nach einem unbestrittenen Princip verlangt, daß der Cessionar den Schuldner, um sich diesen zu verpflichten, von der Wahrheit der Cession

---

[6]) Der Mecklenburgische Civilproceß, dritte Auflage, Bd. II., S. 131. Vgl. 2. Auflage 1848, Bd. I., S. 504, 505; 1. Auflage 1837, S. 329.

überzeuge, und daneben duldet, daß dem Cessus über das Factum der Cession der Eid deferirt werde. Wer mag glauben, daß so die Denunciationsverbindlichkeit des Cessionars erfüllt werde! Die Last und Gefahr der Erkundigungen wird auf den Cessus gewälzt, und wenn er mit der Beschwörung des Nichtwissens nicht ausreicht, sondern dieselbe auch auf das Nichtglauben zu erstrecken hat, so entstehen für den gewissenhaften Mann die größten Verlegenheiten."

Wenn also Hans Meyer nicht im Stande ist, eine rechtsgenügliche Erklärung des Cedenten beizubringen, daß dieser seine Forderung an ihn abgetreten habe; so kann er nur unter der Voraussetzung Zahlung verlangen, wenn er dem Schuldner ausreichende Sicherheit dafür gibt, daß er ihn gegen die von dem früheren Gläubiger etwa zu erhebenden Ansprüche vertreten werde [7]).

Treten mehrere Forderungsprätendenten gleichzeitig gegen den Schuldner auf, z. B. mehrere Cessionare, oder mehrere Bodmereibriefsinhaber, so kann er verlangen, daß diese erst unter sich ausmachen, wer eigentlich der Berechtigte sei. Denn so lange ist ja der Legitimationspunkt noch nicht in Ordnung.

Jedoch macht in diesem Falle das Recht die Befugnis des Schuldners davon abhängig, daß er den geschuldeten Gegenstand deponirt [8]). Stellt sich freilich heraus, daß keiner der mehreren Prätendenten der Berechtigte war, so hätte die Deposition ohne Nachtheil unterbleiben können; in dieser Beziehung handelt aber der Schuldner auf eigne Gefahr.

Ist einer von diesen Forderungsprätendenten bereit, Sicherheit zu leisten, so muß der Schuldner an diesen zahlen.

Sind von diesen Forderungsprätendenten mehrere zur Sicherheitsleistung bereit, so hat der Schuldner die Wahl, an wen er zahlen will [9]).

Windscheid a. a. O. meint:

„so gebührt demjenigen der Vorzug, welchem gegenüber der andere sein besseres Recht erst zu erweisen hat."

Das hieße dem Schuldner zu viel Recht einräumen. Denn dann könnte derselbe ja trotz angebotener Sicherheit mit der Zahlung so

---

[7]) Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 334.

[8]) fr. 1, § 37, Depositi 16, 3. Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. VI., S. 144. H. G. B. Art. 690.

[9]) fr. 8, § 3, Leg. II.

lange warten, bis dieser Punkt unter den Prätendenten erst rechtskräftig festgestellt wäre.

Auch wird die Sache häufig so liegen, daß jeder der mehreren Prätendenten sein besseres Recht erst zu erweisen hat. Man setze z. B. den Fall, daß zwei Cessionare Cessionsurkunden vorlegen, welche beide vom 20. Mai datirt sind. Kommt es dann zwischen ihnen zu einem Vorprocesse, wer Gläubiger sei, so ist beiden der Beweis aufzuerlegen, daß ihm zuerst cedirt worden.

In einem Erkenntnisse des Rostocker Oberappellationsgerichtes in Seuffert's Archiv, Band 24, Nr. 21, ist der Satz aufgestellt, daß der Schuldner zur Deposition erst übergehen könne, wenn sein Erbieten, gegen Caution zu zahlen, nicht angenommen worden. Allein die Einrede des Schuldners beruht hier darauf, daß er sagt: eure Legitimation ist nicht in Ordnung. Und diese Einrede kann von Seiten der Gläubiger durch Cautionsanerbieten beseitigt werden. Die Sache verhält sich also geradezu umgekehrt; und die im angeführten Erkenntnisse in Bezug genommene c. 2 C. de usuris 4, 32, handelt weder von mehreren Prätendenten, noch von einem Anerbieten gegen Cautionsleistung.

Wenn nun der Schuldner an einen der mehreren Prätendenten gegen Sicherheitsleistung gezahlt hat, und der andere ihn verklagt, wie wird es dann weiter?

Dann sagt der Schuldner zu dem Prätendenten, an welchen er gezahlt hat: du hast mir ja gesagt, daß du der Berechtigte seiest, jetzt vertheidige mich gegen diesen klagenden Prätendenten. Es kommt also auch in diesem Falle nur zu einem Rechtsstreite zwischen den mehreren Prätendenten; der Schuldner bleibt sachlich ganz aus dem Spiele.

Bei dieser Behandlungsweise des Schuldners mehreren Forderungsprätendenten gegenüber möchte man vielleicht an der Bestimmung Anstoß nehmen, daß der Schuldner dann, wenn keiner von den Prätendenten Sicherheit leisten will, um Prüfung des Legitimationspunktes unter ihnen herbeizuführen, zur Deposition genöthigt wird.

Allein andererseits würde es sich doch gar zu eigenthümlich ausnehmen, wenn ein Schuldner die Befugnis hätte, andere zu einem Rechtsstreite über einen Gegenstand zu veranlassen, der häufig durch seine Zahlungsfähigkeit bedingt sein wird. Vielleicht kann nun der

Schuldner nachher nicht zahlen? Dann hat man sich um des Kaisers Bart gestritten.

Ferner liegt dieser Fall doch auch anders, als wenn nur einer sich nicht legitimiren kann. Denn zählt man die Befugnisse der mehreren Prätendenten zusammen, so kommt ein wirklicher Gläubiger heraus. Es steht nur noch nicht fest, wer von ihnen dieser sein wird.

Andererseits wird durch die Deposition vom Schuldner nichts riskirt. Die Deposition geschieht auf Gefahr und Kosten der Prätendenten. Wer von ihnen im Rechtsstreite unterliegt, hat, wie die Kosten des Rechtsstreites, so auch die Depositionsgebühren zu entrichten.

Zwar wird der Schuldner durch die Deposition von der Schuld noch nicht befreit. Denn die Deposition hebt keineswegs, wie freilich gemeiniglich gelehrt wird, die Obligation auf. Die Deposition ist nichts anders als eine eventuelle Oblation. Die Aufhebung der Obligation erfolgt erst dadurch, daß diese Oblation von dem Berechtigten acceptirt wird.

Wenn aber auch die Deposition die Obligation nicht aufhebt, so bringt sie dem Schuldner doch denselben Nutzen, als wäre diese Aufhebung bereits erfolgt. Vorausgesetzt, daß der Schuldner die Deposition nicht wieder rückgängig macht, nisi forte eas (sc. pecunias) receperit [10]), woran er freilich im vorliegenden Falle durch den Widerspruch der Prätendenten gehindert werden könnte.

Das Recht wägt hier nach beiden Seiten hin gleichmäßig ab. Einerseits verhütet es, daß die Prätendenten nicht nutzlos processiren, andererseits befreit es gerade den Schuldner nicht von seiner Schuld, es stellt ihn aber doch so, als wäre er bereits befreit.

Wenn übrigens in dem angeführten Erkenntnis aus Seuffert's Archiv, Band 24, Nr. 21, auf Grund von c. 19 C. de usuris 4, 32, behauptet wird, daß die Deposition bei einem für den Streitfall competenten Gerichte geschehen müsse, so steht diese Behauptung mit den Worten der Stelle „vel sacratissimas aedes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit" schwerlich in Einklang. Den aedes sacratissimae [11]) entsprechen in dieser Beziehung unsere heutigen Banken.

---

[10]) c. 19 C. de usuris 4, 32.

[11]) Vgl. darüber Muther, Sequestration, S. 363—368.

§ 23.

Voraussetzungen in der Person des Schuldners.

Wie der mahnende Gläubiger, muß auch der gemahnte Schuldner handlungsfähig sein, soll die Mahnung Wirkungen äußern.

Da aber die Mahnung für den Schuldner Nachtheile zur Folge hat, müssen wir in dessen Person einen andern Grad von Handlungsfähigkeit verlangen, als beim Gläubiger. Der Schuldner muß so viel Handlungsfähigkeit besitzen, als erforderlich ist, um seine Lage verschlechtern zu können.

Der Minderjährige kann demnach regelmäßig nicht wirksam gemahnt werden.

Doch gibt es hiervon Ausnahmen. Denn so weit ein Minderjähriger sich ohne Zuziehung eines Vormundes gültig verpflichten kann, muß man auch zugeben, daß ihm gegenüber eine Mahnung zulässig sei.

So besitzen Minderjährige die Fähigkeit, auch ohne Vormund einen Dienstvertrag abzuschließen, wenn nicht ungewöhnliche Bestimmungen getroffen sind [1]).

Ein kleiner Junge von sieben Jahren kann sich auch ohne Vormund wirksam verpflichten, die Gänse zu hüten, oder Zeitungen auszutragen, oder sonst einen Laufdienst annehmen; und muß daher in dieser Beziehung auch wirksam gemahnt werden können.

Ebenso besitzen minderjährige Studenten in gewissem Umfange die Fähigkeit, sich ohne Vormund zu verpflichten, und können so weit auch gültig gemahnt werden.

Wo ein Schuldner die zur wirksamen Mahnung erforderliche Handlungsfähigkeit nicht besitzt, ist dessen Vertreter zu mahnen.

Die Mahnung des Vertreters wirkt gegen den Vertretenen [2]). Der Vertretene kann auch eine Vermögensmasse ohne Rechtssubject sein [3]).

So wirkt ferner eine Mahnung des Erblassers gegen den Erben [4]),

---

[1]) Vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. V., S. 46, 47; Bd. VI., S. 53–56. — Trotsche, der Mecklenburgische Civilproceß, 3. Aufl., Bd. I., S. 305. — fr. 7, § 5, de operis lib. 38, 1.

[2]) fr. 24 V. O. 45, 1.

[3]) fr. 78, § 2, Leg. II. Wolff a. a. O. S. 480 fgg.

[4]) fr. 91, § 4, V. O. 45, 1.

wenn und so weit dieser in Bezug auf die gemahnte Schuld den Erblasser zu vertreten hat [5]).

Die Mahnung eines Testamentsvollstreckers ist wirksam, wenn und so weit derselbe verklagt werden kann [6]).

Was diesen Satz, daß die Mahnung des Vertreters gegen den Vertrenen wirke, anbetrifft, so macht Mommsen [7]) allerhand Einschränkungen, wovon in den betreffenden Stellen, nämlich fr. 24 V. O. und fr. 78, § 2, Leg. II., auch keine Sylbe steht. Diese Ansicht Mommsen's hängt mit einer Vermengung der Begriffe Mahnung und Verschuldung zusammen, die sich durch die ganze Arbeit zieht.

Es ist freilich möglich, daß der Vertretene sich am Vertreter erholen kann, weil dieser einer Mahnung keine Folge leistete; das ist indes eine Frage, die uns hier nicht kümmert.

Wenn ein Schuldner die zur wirksamen Mahnung erforderliche Handlungsfähigkeit nicht besitzt und auch keinen Vertreter hat, ist der Gläubiger berechtigt, bei der zuständigen Behörde darauf anzutragen, daß ein Vormund oder Curator bestellt werde. Die betreffende Behörde ist verpflichtet, diesem Ansuchen des Gläubigers jedenfalls dann Folge zu geben, wenn die Handlungsunfähigkeit mehr dauernder Natur [8]). Es gibt aber auch eine Handlungsunfähigkeit mehr vorübergehender Art, z. B. ein Schuldner befindet sich in Folge Nervenfiebers vierzehn Tage lang in einem bewußtlosen Zustand.

So kann auch ein Gläubiger verlangen, daß für eine hereditas jacens ein curator bestellt, oder für einen abwesenden Schuldner eine cura absentis angeordnet werde.

Wann die Voraussetzungen für eine cura absentis vorliegen, ist eine schwierige Frage, auf deren Erörterung hier nicht näher eingegangen werden kann [9]). Hier mag es genügen, darauf hinzuweisen, daß sehr viele Fälle der Abwesendheit denkbar sind, wo es an diesen Voraussetzungen fehlt. Welche Auskunftsmittel sich in solchen Fällen

---

5) Mommsen a. a. O. S. 282, 283.

6) Vgl. über diese Frage Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. IV., S. 280 fgg.

7) a. a. O. S. 269—272.

8) Mommsen a. a. O. S. 55, 76; arg. fr. 7, § 2, de min. 4, 4.

9) Vgl. über diesen Gegenstand Trotsche, Ueber die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen, Rostock 1866.

dem Gläubiger, der mahnen will, darbieten, darauf werde ich in einem andern Zusammenhange zurückkommen. Vgl. unten § 61.

Beim Gläubiger sahen wir, daß er oder dessen Vertreter mit der Mahnung jemand beauftragen konnten. Ist ein derartiger Auftrag auch auf Seiten des Schuldners denkbar?

Dies muß verneint werden. Denn welchen Inhalt sollte ein solcher Auftrag haben? Es ist freilich denkbar, daß z. B. ein Lieutenant jemand in seiner Wohnung hinstellt, und ihm den Auftrag gibt, alle Mahnungen seiner Gläubiger entgegenzunehmen. Allein aus einem solchen Auftrag können unmöglich Rechte für den dritten Gläubiger erwachsen.

Dies wird denn auch im allgemeinen anerkannt. Schon in der Glosse ad legem 32 Usuris heißt es: an sit in mora debitor, si procurator vel familia interpellatur? Et dicit, quod non.

Mommsen[10]) macht eine Ausnahme für den Generalbevollmächtigten, und meint, daß eine an diesen gerichtete Mahnung gegen den Schuldner wirke.

Allein ein Generalbevollmächtigter ist zunächst doch nichts anders, als eine Persönlichkeit, die mehrere Aufträge übernommen hat. Ich will einmal annehmen, die Zahl dieser Aufträge sei hundert, und daneben wäre dem Generalbevollmächtigten der Auftrag geworden, eine Mahnung des Gläubigers X entgegenzunehmen. Wie kann der Umstand, daß dieser Auftrag neben andern ertheilt ist, auf dessen Natur irgend welchen Einfluß üben! Hundert plus Null sind immer nur hundert.

So scheint es denn, daß man einer an einen Generalbevollmächtigten gerichteten Mahnung gegen den Vollmachtgeber keinerlei Wirkungen beilegen darf. Dagegen sträubt sich indes wieder unser practisches Gefühl. Der Generalbevollmächtigte steht auch in der That anders da, als jemand, dem der Specialauftrag geworden wäre, Mahnungen entgegenzunehmen. Der Grund hiervon liegt aber nicht in dem zwischen Vollmachtgeber und Generalbevollmächtigten obwaltenden Verhältnis, sondern ist in etwas anderm zu suchen. Ich werde hierauf zurückkommen.

Wolff[11]) stellt folgenden Satz auf:

„Derjenige Procurator, welcher zur Vertretung seines Mandanten

[10]) a. a. O. S. 55, 272 fgg.

[11]) a. a. O. S. 271.

im Processe gezwungen werden kann, wird auch mit Wirksamkeit interpellirt. Zu dieser Vertretung ist der Procurator nur in gewissen Fällen verpflichtet; vgl. z. B. l. 12 D. de proc. 3, 3; in denselben wird er auch wirksam interpellirt werden können, in andern nicht."

Was nun zunächst die von Wolff angeführte Stelle anbetrifft, so liegt sie ziemlich weit vom Wege ab. Sie handelte, ebenso wie fr. 8, § 3, de proc. 3, 3, ursprünglich vom cognitor, an dessen Stelle der procurator hinein interpolirt ist [12].

Ihr Inhalt ist der, daß ein vom Beklagten gestellter cognitor, sobald nur der Beklagte cautio judicatum solvi geleistet hatte, nicht mehr zurücktreten konnte, sondern den einmal übernommenen Auftrag ausführen mußte [13].

Was dieser Satz hier soll, ist schwer einzusehen. Denn einerseits gelten gerade, was den Widerruf des Mandates anbetrifft, für den heutigen Procurator ganz andere Grundsätze, als im Römischen Recht [14]. Andererseits folgt doch daraus, daß jemand die Vertretung eines Beklagten im Proceß übernimmt, selbst wenn er von diesem Auftrage nicht wieder loskommen könnte, noch keineswegs, daß an ihn eine Mahnung zu der Wirkung gerichtet werden dürfte, als wäre sie gegen den dominus selber erfolgt.

Wenn jemand heutzutage z. B. einem Sachwalt den Auftrag gibt, ihn als Beklagten in einem Proceß zu vertreten; so liegt ihm nichts ferner als der Gedanke, daß eine an den Sachwalt gerichtete Mahnung auch gegen ihn wirken solle. Wer so gesonnen ist, will seinem Gegner das Leben recht sauer machen, nicht aber seine Befugnisse, ihm Nachtheile zuzufügen, vermehren.

Es fehlt hier also zunächst an dem Willen, einen derartigen Auftrag zu ertheilen, wie ihn Wolff voraussetzen muß. Aber selbst wenn ein derartiger Auftrag vorläge, so würde der Umstand, daß er neben einem andern gegeben wäre, ihn noch immer nicht wirksam machen können.

Man wird vielleicht Folgendes einwenden wollen. Es kann ja

---

[12]) Vgl. zum Verständnis dieser Stelle Gaj. IV, 101; Vat. fr. § 317 und Keller, Litiscontestation, S. 326.

[13]) Vgl. über diesen Gegenstand etwa noch fr. 9, 10, 11, 13, 14, fr. 43, § 6, fr. 44, fr. 45 pr. de proc. 3, 3, u. a. m.

[14]) Wetzell, Civilproceß, zweite Auflage, S. 65.

jemand z. B. einen Sachwalt beauftragen, ihn als Beklagten im Proceß zu vertreten. Ein solcher Sachwalt kann auch eine Klagmittheilung gültig entgegennehmen, als wäre sie an den Vertretenen selbst erfolgt. Nun kann eine Mahnung auch durch Klagmittheilung beschafft werden. Also haben wir hier ja eine Mahnung an den Beauftragten, die gegen den Auftraggeber wirkt.

Der Schluß wäre aber etwas voreilig. Allerdings kann eine Mahnung durch Klagmittheilung beschafft werden, dann muß aber die Klagmittheilung sämmtliche Voraussetzungen der Mahnung enthalten. Eine Klagmittheilung, die nicht gleichzeitig sämmtliche Voraussetzungen der Mahnung hat, wirkt auch nicht als Mahnung. Da nun ein Zuverklagender, der sich durch einen Sachwalt vertreten lassen will, gar nicht die Absicht hat, diesem Sachwalt auch den Auftrag zu ertheilen, daß er für ihn eine Mahnung des Klagenwollenden entgegennehme; da ferner der Zubeklagende einen derartigen Auftrag eventuell gar nicht wirksam ertheilen könnte, so kann eine Klagmittheilung, die an den Vertreter erfolgt, auch immer nur als Klagmittheilung, aber nie als Mahnung Wirkungen äußern.

Will also ein Kläger, daß die Klagmittheilung gleichzeitig als Mahnung wirke, so muß er eventuell beantragen, daß sie nicht an den Vertreter, sondern an die Partei selber erfolge.

Uebrigens wird ein derartiger Antrag einestheils deshalb selten erforderlich sein, da für den Beklagten ein Vertreter regelmäßig erst nach der Klagmittheilung thätig wird. Andererseits wird diese Lücke, die hier zwischen Klagmittheilung und Mahnung bleibt, durch einen Rechtssatz, der uns später noch beschäftigen soll, ausgefüllt [15]).

Wenn ein Gläubiger jemand den Auftrag gibt, eine Forderung einzuklagen, so gilt dieser, wie wir gesehen haben, allerdings auch für ermächtigt, zu mahnen. Diese Mahnung kann dann entweder durch die Klagmittheilung oder außergerichtlich vorgenommen werden. Man darf nämlich füglich voraussetzen, daß eine derartige Handlungsweise dem Willen des Auftraggebers entspricht, falls dieser keinen entgegengesetzten kundgethan hat.

Ganz anders steht aber die Sache, wenn ein Schuldner jemand den Auftrag gibt, ihn gegen eine Klage zu schützen. Dieser will doch wahrlich nicht, daß ihm mehr Nachtheile, als irgend nöthig, erwachsen.

---

[15]) Vgl. unten § 61.

Wenn es auf Seiten des Schuldners einen Auftrag gäbe, den man möglicherweise so auffassen könnte, als sei der Beauftragte daneben ermächtigt, eine Mahnung entgegenzunehmen, so wäre es vielleicht der Auftrag, eine Schuld zu bezahlen. Hier haben wir es wenigstens mit einem Schuldner zu thun, der seinem Gläubiger wohl will. Gleichwohl würden wir auch diesem Schuldner mit einer derartigen Auslegung keinen Gefallen thun. Denn will er auch seinem Gläubiger wohl, so will er doch nicht, wenn der Beauftragte den Auftrag nicht ausführt, von einer Mahnung, die nicht an ihn gerichtet wurde, Nachtheile haben.

Bei dieser Gelegenheit mag darauf hingewiesen werden, daß der Auftrag des Schuldners, seinem Gläubiger zu zahlen, diesem Gläubiger keinerlei Rechte gegen den Beauftragten verschafft. Um so viel weniger kann der Auftrag, eine Mahnung entgegenzunehmen, also ein Auftrag, nicht zu zahlen, für den Dritten von Wirkung sein.

Mommsen, S. 273, führt noch an, daß eine an den Institor oder magister navis gerichtete Mahnung gegen den Principal wirke, wenn die Erfüllung der Obligation zu den Obliegenheiten des Institor oder magister navis gehört habe.

Der Satz ist richtig, berührt aber unsere Frage nicht.

Wir müssen uns nämlich zunächst über den Grund klar werden, weshalb überhaupt ein Principal für seinen Institor haftet. Dieser Grund ist keineswegs das innere zwischen dem Institor und Principal obwaltende Verhältnis. Die Sache liegt vielmehr so. Wer einen Institor anstellt, gibt damit dem Publicum gegenüber eine bindende Erklärung ab, daß er in einem gewissen Umfange für die Handlungen und Unterlassungen dieses Institors aufkommen wolle. Diese Erklärung dem Publicum gegenüber kann entweder stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen. Stillschweigend erfolgt sie, wenn z. B. jemand einen Institor in seinem Laden anstellt; denn dieser gibt damit dem Publicum gegenüber die Erklärung ab, daß der so Angestellte ermächtigt sein solle, Verkäufe u. s. w. vorzunehmen, wie sie in einem derartigen Laden zu geschehen pflegen.

Daneben hatten die Römer in ihrem palam proscriptum [16]) noch eine Form, wie ein Principal in dieser Beziehung seinen Willen dem Publicum gegenüber ausdrücklich erklären konnte. Heutzutage kommen in dieser Beziehung besonders Circuläre, Eintragungen in's

---

[16]) fr. 11, § 3, de inst. act. 14, 3.

Handelsregister, Bekanntmachungen durch die Zeitungen u. dgl. in Betracht[17]).

Diese dem Publicum gegenüber abgegebene Erklärung ist für die Frage, in wie fern ein Principal für seinen Institor hafte, das Entscheidende, nicht das innere zwischen Principal und Institor obwaltende Verhältnis.

fr. 11, § 2, de inst. act. 14, 3.

ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione.

fr. 1 pr. de exerc. act. 14, 1.

aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit[18]).

Wenn aber ein Principal einen Institor anstellt, so muß man annehmen, daß dieser Principal dem Publicum gegenüber die Erklärung abgibt, er wolle für die an seinen Institor gerichteten Mahnungen, so weit sie sich auf dessen vom Publicum vorauszusetzenden Geschäftskreis bezögen, so aufkommen, als wären sie ihm selber gegenüber vorgenommen. Und dies ist der Grund, weshalb eine Mahnung an den Institor gegen den Principal wirkt.

Uebrigens hat man sich die Sache keineswegs so zu denken, als ob ein Institor bloß wegen Erfüllung der Obligation, die er selber abgeschlossen, mit Wirksamkeit gegen den Principal gemahnt werden könne. Es kommt nur darauf an, ob die Erfüllung der betreffenden Obligation, bezw. deren Nichterfüllung zu seinem vom Publicum vorauszusetzenden Geschäftskreise gehört, mag nun der Abschluß der Obligation von ihm selber, seinem Vorgänger, seinem Mitinstitor oder seinem Principal erfolgt sein.

Man pflegt bei der Lehre von der Auslobung die Behauptung aufzustellen, daß die Römer sich nicht entschließen konnten, einer Offerte in incertam personam bindende Kraft beizulegen[19]). Mich dünkt, die Lehre vom Institor belehrt uns eines Bessern. Denn ob nun jemand dem Publicum gegenüber erklärt, er wolle für die Handlungen bezw. Unterlassungen seines Institors aufkommen; oder ob er demjenigen aus dem Publicum, der ihm seine verlorne Brieftasche wieder-

---

[17]) Thöl, Handelsrecht, § 31 c.

[18]) Vgl. ferner A. D. H. G. B. Art. 43, 50, 500.

[19]) So neuerdings auch Exner, Zur Theorie der Auslobung, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XI., 343.

bringt, zehn Thaler Belohnung verspricht: beides kommt am Ende ziemlich auf Eins hinaus, keinenfalls liegen in beiden Fällen specifisch verschiedene Erklärungen vor.

Auf diese Weise haben wir gleichzeitig das Mittel kennen gelernt, wie jemand bewerkstelligen kann, daß eine an einen andern gerichtete Mahnung gegen ihn wirke: er muß eine desfallsige bindende Erklärung dem Publicum gegenüber abgeben.

Von diesem Mittel wollen wir einmal beim Generalbevollmächtigten Gebrauch machen.

Der Umstand allein, daß jemand einen Generalbevollmächtigten bestellt, und dieser vielleicht die erhaltene Vollmacht in seinem Pult verschließt, gewährt, wie wir gesehen haben, dem Publicum noch keinerlei Ansprüche. Ganz anders stellt sich aber die Sache, wenn eine Erklärung dem Publicum gegenüber hinzukommt. Wenn z. B. ein Schiffer in die Zeitung setzen läßt, daß er für die Dauer seiner Abwesenheit den X zu seinem Generalbevollmächtigten bestellt habe, so gibt er damit gleichzeitig eine bindende Erklärung ab, daß an den X Mahnungen zu der Wirkung gerichtet werden könnten, als ob sie ihm selber gegenüber vorgenommen wären.

Dieses Zeitungsinserat braucht der Schiffer nicht selber zu besorgen, sondern kann auch jemand damit beauftragen. Dieser Beauftragte kann ferner der Generalbevollmächtigte selber sein; und zwar kann dieser Auftrag dem Generalbevollmächtigten besonders geworden, oder schon in seiner Generalvollmacht enthalten sein.

Ferner braucht die Erklärung dem Publicum gegenüber nicht ausdrücklich zu erfolgen, sondern kann auch stillschweigend geschehen.

Wenden wir dies einmal auf einen Generalbevollmächtigten an, der gleichzeitig befugt ist, diese Erklärung dem Publicum gegenüber abzugeben. Wir werden sagen müssen, diese Erklärung liegt schon darin, daß er dem Publicum gegenüber als Generalbevollmächtigter auftritt, daß er z. B. Grundstücke verkauft, Capitalien kündigt, Forderungen einklagt u. s. w.

Liegt aber in einem derartigen Auftreten des Generalbevollmächtigten eine Erklärung dem Publicum gegenüber, so folgt weiter, daß jeder Generalbevollmächtigte den Auftrag hat, eine derartige Erklärung abzugeben; denn jeder Generalbevollmächtigte soll ja, wo es erforderlich wird, in dieser Weise für den Auftraggeber thätig werden.

Auf diese Weise komme also auch ich so ziemlich zu der Momm-

sen'schen Ansicht, daß eine Mahnung an einen Generalbevollmächtigten gegen den Auftraggeber wirke. Freilich auf einem etwas andern Wege. Auch stimmen wir im Ergebnis nicht vollständig überein. Denn so lange noch keine Erklärung dem Publicum gegenüber abgegeben ist, so lange z. B. die Generalvollmacht noch unbenutzt im Pulte liegt; so lange kann meines Erachtens auch kein Dritter den Generalbevollmächtigten zu der Wirkung mahnen, als wäre diese Mahnung dem Auftraggeber gegenüber vorgenommen.

Einen weiteren Anwendungsfall einer dem Publicum gegenüber abgegebenen bindenden Erklärung bietet das Römische peculium dar. Dasselbe nimmt aber auch noch in anderer Beziehung unser Interesse in Anspruch, weil sich hier die Frage aufwirft, ob und wie fern ein accessorisch Verpflichteter in eigner Person wirksam gemahnt werden könne. Nach beiden Seiten hin soll uns das peculium jetzt beschäftigen.

§ 24.

Haupt- und Nebenverpflichtung.

Actio de peculio, quod jussu, de in rem verso.

Ein Römer, der seinem Haussohne oder Sclaven ein peculium einräumte, gab damit dem Publicum gegenüber die Erklärung ab, daß er für die Verbindlichkeiten dieses Haussohnes bezw. Sclaven bis zum Belaufe des peculium haften wolle. Mit dem Einziehen des peculium hörte die Erklärung auf, für die Zukunft bindend zu sein [1]; eine bloße prohibitio dem Publicum gegenüber reichte dazu nicht aus [2].

Die geschichtliche Entwicklung haben wir uns nach v. Keller [3]) so zu denken:

„Ursprünglicher Satz. Aus den Rechtsgeschäften des filius familias wird er selber civiliter verpflichtet, der Vater aber in keiner Weise.

Sodann: Zwar ebenso civilis obligatio des filius und keinerlei obligatio des Vaters, aber dieser muß sich doch aus der einzigen entstandenen Obligation, nämlich des filius, peculiotenus u. dgl. belangen lassen, und dies bewirkt der Prätor durch eine Klagformel,

---

[1]) fr. 4 pr. fr. 8, fr. 40, § 1, de pec. 15, 1.

[2]) fr. 47 pr. fr. 29, § 1, de pec. 15, 1.

[3]) In Bekker's und Muther's Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, Bd. III., S. 175, 176.

in welcher er die obligatio filii zur Bedingung macht, d. h. in die intentio setzt, die condemnatio aber mit oder ohne quantitative Beschränkung auf den Vater richtet; so daß nun der judex kraft seiner Subordination unter den Prätor, wenn auch sonst nicht von Rechtswegen, in die Nothwendigkeit versetzt wird, aus der Schuld des filius den Vater zu condemniren.

Zuletzt machte man sich Gedanken dahin, daß es doch auch nicht pure Willkür sei, was den Prätor zu diesem Verfahren bestimme, sondern daß ein wirklicher Rechtsgedanke ihn leite, und diesen Rechtsgedanken fand man in einer Verbindlichkeit des Vaters, die zwar nicht im jus civile, aber doch in der aequitas ihren Grund habe, und auf dem bezeichneten Wege zur Wirksamkeit geführt werde. Also eine prätorische obligatio, deren Schuldner der Vater ist. Aber an eine veränderte Anlage der formula konnte auch bei dieser civilisirteren Denkform niemandem der Sinn kommen, weil es immer noch wahr blieb, daß das dare facere oportere in den Klageformeln nur civile, nie prätorische Obligation bedeutet.

Der Unterschied zwischen der letzten und der vorhergehenden Auffassung, der Uebergang von dieser zu jener, ist noch in deutlichen Spuren ersichtlich, er war auch gar nicht ohne practische Folgen, ja es finden sich sogar noch inconsequente Ueberreste der frühern, nachdem die spätere im Ganzen längst die entschiedene Oberhand erlangt hatte."

Dann mag noch die combinirte actio de peculio und de in rem verso in ihrer einfachsten Gestalt, wie v. Keller sie gebildet hat[4]), hierher gesetzt werden:

> Maevius judex esto. Quod Titius Sejo filio familias mensam argenteam commodavit, Q. D. R. A., quidquid ob eam rem Sejum Titio dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Gajum patrem de peculio, aut quod in rem Gaji patris versum est, condemnato.

Was nun zunächst den Satz anbetrifft, daß der Vater mit der actio de peculio für eine an den Haussohn oder Sclaven gerichtete Mahnung hafte, so bereitet derselbe weiter keine Schwierigkeiten. Die Haftung des Vaters ist ein Anhängsel der Hauptobligation; die Schicksale, welche die Hauptobligation treffen, ziehen auch das Anhängsel in Mitleidenschaft.

---

[4]) Siehe Litiscontestation S. 429.

Wie verhält es sich aber mit einer an den Vater gerichteten Mahnung? Ist diese wirksam?

Hätte man den ältern Standpunkt unbedingt festgehalten, so würde man diese Frage verneint haben. Entschloß man sich dagegen, die Haftung des Vaters als selbständige Verpflichtung neben der Hauptverpflichtung aufzufassen, so stand nichts im Wege, der an den Vater gerichteten Mahnung Wirkungen beizulegen. Aber freilich reichte dann die herkömmliche Formel nicht aus, es mußte hier geändert werden.

Diese Ideen-Entwicklung ist gleichzeitig eine Erklärung für folgende Stelle.

fr. 49 pr. V. O. 45, 1. — Paulus libro trigensimo septimo ad edictum.

Cum filius familias Stichum dari spoponderit et, cum per eum staret, quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus, at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est, quae omnia et in fidejussoris persona dicuntur.

Zunächst spricht Paulus hier den Satz aus, daß eine an den Haussohn gerichtete Mahnung gegen den Vater wirke. Der Vater hafte trotz Untergangs der Sache mit der actio de peculio, weil der Sohn aus der Stipulation verpflichtet blieb.

Die Bedeutung „weil“ hat quatenus auch sonst [5]).

War die Mahnung aber gegen den Vater gerichtet, und erfolgte dann der Untergang der Sache, so konnte der Haussohn nicht belangt werden, weil er in diesem Falle durch Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit frei wurde.

Ja auch gegen den Vater wäre nichts zu unternehmen gewesen, wenn man, der hergebrachten Auffassung getreu, dessen Haftung lediglich als Anhängsel behandelt hätte.

Man entfernte sich indes von der ältern Anschauungsweise, erblickte in dem Vater einen Nebenverpflichteten, und machte ihn für Nichtbeachtung der an ihn gerichteten Mahnung verantwortlich.

Da aber in dieser Beziehung die herkömmliche Formel ihren Dienst versagte, so gab man eine actio utilis, d. h. man nahm mit der herkömmlichen Formel eine Aenderung vor.

---

[5]) Vgl. fr. 6 R. C. 12, 1; fr. 26, § 3, Mand. 17, 1 u. a. m.

Diese Aenderung könnte darin bestanden haben, daß man der herkömmlichen Formel einen Zusatz eingefügt hätte, um sie auf diese Weise den vorliegenden Verhältnissen anzupassen; kamen hier ja auch sonst Zusätze vor[6]).

Dieser Zusatz könnte eine Fiction gewesen sein und in unserm Falle so gelautet haben: tum si Stichus non decessisset.

Dann ergäbe sich für die actio utilis, wie sie Paulus im Sinne hat, eine Formel von folgender Fassung:

> Maevius judex esto. Si paret Sejum filium familias Titio servum Stichum dare oportere, tum si Stichus non decessisset, quanti ea res erit, tantam pecuniam Judex Gajum patrem familias Titio condemna duntaxat de peculio, s. n. p. a.

v. Savigny[7]) behauptet freilich mit großer Bestimmtheit, im Falle einer Mahnung hätte in der Formel quanti res fuit stehen müssen. Allein das ist unrichtig, wie hier freilich noch nicht näher nachgewiesen werden kann.

Etwas mehr Schwierigkeit bietet eine andere Stelle dar.

fr. 32, § 2, 3, Us. 22, 1. — Marcianus libro quarto regularum.

In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. Quid ergo: si et filius familias et pater ex persona ejus teneatur (sive jussu ejus contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium), cujus persona circa moram spectabitur? et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet: quod si filius moram fecerit, tunc

Bei gutgläubigen Verträgen werden von der Mahnung an Zinsen geschuldet. Wie nun: wenn sowohl der Haussohn als der Vater aus dessen Person haftet (es ist entweder auf dessen Geheiß contrahirt, oder in dessen Vermögen verwandt, oder er haftet in Bezug auf ein Peculium) wessen Person kommt hinsichtlich der Mahnung in Betracht? Gesetzt nun, es wird lediglich der Vater belangt werden, so haftet er aus einer an ihn gerichteten Mahnung nicht: es wird jedoch gegen den Sohn eine Klage

---

[6]) Siehe v. Keller Commentatio ad Legem Si ex duobus 32 pr. § 1 D. de peculio S. 56 fgg.

[7]) System, Bd. VI., S. 204 fgg.

actor vel cum ipso in solidum vel cum patre dumtaxat de peculio habebit.

in der Weise gegeben, daß er das leiste, was der Kläger vom Vater zu wenig erhalten hat; aber wenn der Sohn gemahnt worden, dann wird der Kläger entweder gegen ihn selbst eine Klage auf's Ganze oder gegen den Vater eine Klage bis zum Belaufe des Peculiums haben.

Marcian stellt hier zunächst die Behauptung auf, daß der gemahnte Schuldner von der Mahnung an Zinsen zahlen müsse. Darauf faßt er drei Fälle in's Auge, wo Vater und Haussohn neben einander haften: die actio quod jussu, die actio de in rem verso und die actio de peculio; und fragt, an wessen Person hier die Mahnung gerichtet, bezw. wer verklagt werden müsse, damit ein Zinsenanspruch entstehe, bezw. geltend gemacht werden könne.

Alle drei Fälle haben das Gemeinsame, daß die Obligation des Haussohnes als die Hauptverpflichtung erscheint, dagegen die Verpflichtung des Vaters als ein Anhängsel, bezw. als Nebenverpflichtung. Für alle drei Fälle trifft demnach in der hier fraglichen Beziehung dieselbe Entscheidung zu[8]; der Kürze wegen werde ich indes bei den jetzt nöthig werdenden Ausführungen nur von der actio de peculio sprechen.

Zunächst faßt Marcian den Fall in's Auge, daß der Vater belangt wird, und scheint zu sagen, daß er aus einer an ihn selber gerichteten Mahnung nicht hafte. Es soll aber eine Klage gegen den Sohn gegeben werden, damit der Sohn das leiste, was der Kläger vom Vater zu wenig erhalten hat.

Dies verstehe ich so: die Mahnungszinsen, worauf sich die gegen den Vater zulässige Klage nicht erstreckte, sollen vom Sohne nachträglich gefordert werden können. Marcian nimmt hier eine Art Rechenkunststück vor.

Denken wir uns also einmal in unserm Falle, daß die Forderung an sich 100 betrüge, daß sie sich aber, wenn Mahnungszinsen gerechnet würden, auf 105 beliefe. Nun sagt Marcian so: der Vater haftet allerdings nur für hundert. Wenn aber der Kläger diese 100 glücklich

---

[8]) Vgl. auch fr. 91, § 5, V. O. 45, 1.

mit der actio de peculio erlangt hat, muß er von diesen 100 erst seine 5 Zinsen abnehmen: bleibt 95. Diese 95 zieht er dann von der Hauptforderung ab: bleibt 5. Und wegen dieser 5, meint Marcian, wird ihm eine Klage gegen den Sohn gegeben werden, ut, quod minus a patre consecutus est, filius praestet.

Mommsen[9]) meint freilich, diese Worte bezögen sich allein darauf, „daß der Sohn auf den ursprünglichen Betrag der Schuld verpflichtet bleibt, und falls der Gläubiger nicht diesen ganzen Betrag vom Vater erlangen kann, den Rest zu zahlen hat. An Wirkungen der Mora des Vaters, welche den Sohn träfen, kann hierbei schon um deswillen nicht gedacht sein, weil vorher in der Stelle bemerkt ist, daß auch der Vater wegen seiner eignen Mora nicht hafte."

Allein wäre diese Auslegung richtig, so müßte Marcian, als er unsere Stelle niederschrieb, mindestens sehr zerstreut gewesen sein. Man vergegenwärtige sich einmal dessen Ideengang. Zunächst sagt er, die Mahnung erzeuge einen Anspruch auf Zinsen. Darauf wirft er die Frage auf, welche Person in Betracht komme, wo, wie bei der actio de peculio, zwei Schuldner vorhanden seien. Hier betrachtet er zunächst den Fall, daß lediglich der Vater belangt werde, und kommt zu dem Schluß, daß er wegen einer an ihn selber gerichteten Mahnung nicht hafte. Jetzt sollte Marcian nun mit einem Male von diesem Gedankengange abgesprungen sein, um dem Gläubiger wegen seiner Hauptforderung Trost zuzusprechen! Diese Zerstreutheit wäre um so unerklärlicher, als Marcian sich gleich darauf wieder lediglich mit den Wirkungen der Mahnung beschäftigt, und überhaupt im ganzen Fragment 32 de us., sowohl in den unserer Stelle vorhergehenden, als nachfolgenden Paragraphen, ausschließlich die Mahnung in's Auge faßt.

Ferner trägt die Mommsen'sche Auffassung etwas in unsere Stelle hinein, wovon nichts gesagt wird. Mommsen muß nämlich voraussetzen, daß das peculium nicht ausgereicht habe, um die ursprüngliche Forderung zu decken, denn nur so kann ihm ein minus entstehen. Wo steht das aber?

Auch in dieser Beziehung bietet also unsere Erklärung einen Vorzug vor der Mommsen'schen, weil sie die Größe des Peculiums ganz dahin gestellt sein läßt.

Endlich hätte nach der Mommsen'schen Auffassung Marcian

---

[9]) a. a. O. S. 275, Anm. 3.

auf die von ihm selber aufgeworfene Frage: cujus persona circa moram spectabitur? doch eine höchst seltsame Antwort ertheilt.

Und wenn Mommsen meint, daß an Wirkungen der an den Vater gerichteten Mahnung, welche den Sohn träfen, schon um deswillen nicht zu denken sei, weil vorher in der Stelle bemerkt werde, daß auch der Vater wegen seiner eignen Mora nicht hafte, so ist zunächst dies zu beachten. Marcian sagt weiter nichts, als daß, wenn nur der Vater belangt werde, derselbe wegen einer an ihn gerichteten Mahnung nicht hafte. Damit ist für den Fall noch nichts abgesprochen, wie es sich hinsichtlich der Wirkungen der Mahnung verhalte, wenn der Gläubiger sich auf die actio de peculio nicht beschränken sollte, sondern nachher den Sohn verklagen würde.

Indessen selbst wenn das dumtaxat fehlen sollte, wenn Marcian nur geschrieben hätte „et si quidem pater convenietur, ex mora sua non tenetur“: selbst diese Schreibweise würde mich noch nicht irre machen. Denn Marcian hat hier nur das strenge Civilrecht vor Augen. Und wenn auch von diesem Standpunkte aus jeglicher Zinsenanspruch verneint werden mußte, so war es daneben noch eine offene Frage, ob nicht der Prätor helfend eingriff. Um alle Bedenken niederzuschlagen, verweise ich auf die Ausdrucksweise, die derselbe Marcian sich in § 5 unsers Fragmentes bedient. Hier heißt es:

> Item si fidejussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur.

Auch hier wird anfangs anscheinend ganz allgemein jeder Anspruch gegen den fidejussor verneint. Allein Marcian hat zunächst nur das Civilrecht im Sinne; vom Standpunkte des prätorischen Rechtes fällt seine Entscheidung ganz anders aus.

Theodor Mommsen findet den Text unserer Stelle bedenklich und schlägt eine Einschaltung vor. Er will nämlich so lesen: et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur, nisi ipse, filius non tenetur.

Nun führt allerdings das Marcian'sche Rechenkunststück, materiell betrachtet, zu dem Ergebnis, daß der Vater schließlich doch die Zinsen hat hergeben müssen. Und wenn der Zinsenbetrag vom Vater nicht zu haben ist; der Sohn kann nie auf mehr als den ursprünglichen Betrag in Anspruch genommen werden. Gesetzt also, in unserm Bei-

spiele hätte das peculium nur 2 betragen, so hätte der Sohn doch höchstens auf 100, nie auf 103 belangt werden können.

Hat Th. Mommsen diesem Gedanken durch seine Einschiebung Worte verleihen wollen, so wäre zwar nichts gegen den Gedanken, wohl aber gegen die Einschiebung zu sagen. Denn zum Verständnis der Stelle bedürfen wir einer derartigen Einschiebung durchaus nicht; und sie ist um so weniger gerechtfertigt, als die Basiliken hier mit der Florentiner Handschrift vollständig übereinstimmen.

In der Kriegel'schen Ausgabe der Pandekten findet sich folgende Interpunction:

> Et si quidem pater duntaxat convenietur ex mora sua, non tenetur.

Darnach würde der Sinn dieser Worte der sein, daß eine Klage gegen den Vater bloß wegen der Mahnungszinsen unstatthaft sei. Diese Interpunction ist aber schon um deswillen zu verwerfen, weil eine derartige unstatthafte Klage nie ein minus, dessen wir doch nachher bedürfen, sondern stets die ganze Forderung nachlassen würde.

v. Keller[10]) erblickt in unserer Stelle im Vergleich zu dem von Paulus herrührenden fr. 49 pr. V. O. einen inconsequenten Ueberrest der früheren Anschauung, welche die Haftung des Vaters lediglich als ein Anhängsel der Hauptobligation betrachtete. Nun ist die Ansicht v. Keller's über die geschichtliche Entwicklung der actio de peculio unzweifelhaft richtig. Ich glaube nur nicht, daß wir, anlangend das Verhältnis obiger beider Stellen zu einander, so wohlfeilen Kaufes davon kommen, indem wir Marcian für einen Anhänger der älteren Auffassung ausgeben, dagegen von Paulus annehmen, daß er der neuern Anschauung gehuldigt habe. Denn genau betrachtet steht Marcian gar nicht auf dem älteren Standpunkt. Er will dem Gläubiger ja auch zu seinen Mahnungszinsen verhelfen. Nur räumt er ihm zu diesem Zwecke keine actio utilis gegen den Vater ein, sondern bedient sich statt dessen eines Rechenkunststückes.

Mir ist es überall fraglich, ob Paulus den von Marcian erörterten Fall anders entschieden haben würde, während andererseits fr. 32, § 5, Us. zu der Annahme nöthigt, daß Marcian in dem von Paulus in fr. 49 pr. besprochenen Falle ebenso gut gegen den Vater eine actio utilis für zulässig gehalten hätte.

---

[10]) In Bekker und Muther's Jahrbuch a. a. O. S. 177.

Wie erklärt sich dann aber im einen Falle die actio utilis gegen den Vater, im andern Falle das Rechenkunststück?

Wir haben uns unsere Stelle bisher noch nicht von der processualischen Seite aus betrachtet.

In dieser Beziehung ist zunächst daran zu erinnern, daß die actio de peculio, sobald es zur Litiscontestation gekommen war, gleichzeitig die Klage gegen den Haussohn aufzehrte. Nun konnte es sich ja aber zutragen, daß das peculium ganz winzig war. Dann war der Gläubiger gegen einen winzigen Bruchtheil um seine ganze Forderung gekommen. Diese Härte wurde dadurch vermieden, daß der Prätor sehr leicht restituirte[11]). Er stellte die Klage gegen den Haussohn wieder her: restauretur praecedens judicium, wie es in fr. 32, § 1, de peculio von einem analogen Falle heißt. Andererseits erforderte die Billigkeit aber doch nur, daß die alte Klage so weit wieder hergestellt wurde, als der Gläubiger nicht befriedigt war: tamen aequitas dictat judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet[12]). Hätte der Prätor die alte Klage einfach in alter Weise wieder hergestellt, so würde der Gläubiger zu viel erhalten haben. Denn der Schuldner hätte an sich nicht dasjenige abrechnen können, was schon gezahlt war, da es sich jetzt um eine neu erstandene Obligation handelte, die bei der früheren Zahlung unmöglich schon in Betracht gezogen sein konnte. Hieraus folgt, daß die neue Formel einen beschränkenden Zusatz haben mußte, und diese Beschränkung wird vermuthlich in der Condemnation angebracht gewesen sein. Daß es sich wirklich so verhielt, lassen unsere Quellen unschwer errathen. Im Falle des fr. 30, § 5, de pec. wird diese Condemnationsbeschränkung z. B. folgende Fassung gehabt haben: dumtaxat de peculio deducta ea quantitate, quam a venditore consequi potuisset, condemna. Vgl. ferner:

fr. 47, § 3 eodem:

competere in reliquum in venditorem utile judicium.

fr. 30, § 4 eodem:

de residuo debiti agere potest.

fr. 19, § 1 eodem:

in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur.

---

[11]) v. Keller Litiscontestation S. 555 fgg.; derselbe, Civilproceß, § 79; derselbe in Bekker's und Muther's Jahrbuch, Bd. III., S. 166, Anm. 16.

[12]) fr. 32 pr. de pec. 15, 1.

Sollten aber gleichwohl noch Bedenken gegen einen beschränkenden Zusatz obwalten, so müssen sie jedenfalls schwinden, wenn wir bei Gajus IV, 57 lesen: daß ein Zuviel in der Condemnation zwar nicht dem Kläger, wohl aber dem Beklagten Schaden bringe, daß der Beklagte in diesem Falle iniquam formulam acceperit, und deshalb Anspruch auf Restitution habe, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio.

Wenden wir diese allgemeinen Sätze auf unsere Stelle an, so ergibt sich zunächst Folgendes. Sobald es dem Vater gegenüber zur Litiscontestation gekommen, war auch die Klage gegen den Haussohn aufgezehrt. Der Gläubiger erhielt aber leicht auf dem Wege der Restitution eine neue Klage. Zu beachten ist der Ausdruck „dabitur", der nicht undeutlich auf die Restitution hinweist. Denn in diesem Ausdrucke liegt doch, daß der Gläubiger diese Klage nicht an sich hat, sondern daß sie ihm gegeben werden wird. Was dann weiter die Condemnationsbeschränkung anbetrifft, so ist sie in den Worten „quod minus a patre actor consecutus est" enthalten. Wir wollen uns einmal eine Formel bilden, wie sie Marcian im Sinne gehabt haben muß.

Gesetzt der Gläubiger hätte Kaufgeld zu fordern gehabt, so kann man sich die Formel für die neue gegen den Haussohn anzustellende Klage so denken.

> Maevius judex esto. Quod Titius Sejo filio familias mensam argenteam vendidit, Q. D. R. A., quidquid ob eam rem Sejum Titio dare facere oportet ex fide bona, dumtaxat de eo, quod minus a Gajo patre Titius consecutus est, Sejum condemna, s. n. p. a.

Diese Formel macht uns zunächst klar, weshalb der Haussohn nie in Zinsen verurtheilt werden konnte, deren Ursprung eine an den Vater gerichtete Mahnung war. Zwar hörten diese Zinsen zum officium judicis[13]). Allein ein Geschworner, der keine weitere Anweisung hatte, konnte im vorliegenden Fall doch immer nur eine solche Mahnung berücksichtigen, die gegen den Sohn selber gerichtet worden war. An einer derartigen weiteren Anweisung fehlte es aber hier.

Weiter macht uns diese Formel auch das Rechenkunststück verständlich.

Denn wenn im Falle des fr. 49 pr. V. O. eine utilis actio gegen den Vater gegeben wird, was heißt das am Ende. Das heißt:

---

[13]) fr. 6 N. G. 3, 5; fr. 24 Dep. 16, 3; fr. 54 pr. Loc. 19, 2; fr. 49, § 1, A. E. V. 19, 1.

eine Mahnung gegen den Vater hat zwar nach Civilrecht keine Wirkung, wohl aber nach prätorischem Recht.

Dieser Satz, auf unsern Fall angewandt, ergibt zuvörderst dies. Bei der nach Civilrecht zuständigen Klage gegen den Vater entscheiden die Grundsätze des Civilrechts, die Mahnung hat also keine Wirkungen. Wenn es nun aber nachher zur prätorischen Klage gegen den Haussohn kam? Was stand im Wege, hier die Ansicht des Prätors zur Geltung zu bringen, daß eine gegen den Vater gerichtete Mahnung wirksam sei? Allerdings war der Vater mit einer civilrechtlichen Klage belangt; und vom Standpunkte des Civilrechtes aus war die vom Vater geleistete Zahlung lediglich auf die Hauptforderung in Anrechnung zu bringen. Was hinderte aber den Prätor, diese Zahlung in einem andern Sinne zu nehmen? Was hinderte die Römischen Rechtsgelehrten, das minus in der hier ertheilten Formel in einem andern Sinne als dem civilrechtlichen zu verstehen? War doch nach Civilrecht eine Klage gegen den Haussohn überall nicht mehr möglich, nachdem es einmal gegen den Vater zur Litiscontestation gekommen war! Handelte es sich hier doch um eine prätorische Klage! Warum sollte man also auch nicht bei einer prätorischen Klage das minus im Sinne des prätorischen Rechtes auslegen?

Im Schlußsatze unserer Stelle verdient das vel — vel Beachtung. War der Sohn gemahnt, so war es einerlei, ob der Gläubiger den Vater oder Sohn belangte, in beiden Fällen mußte ihm der Geschworne von Amtswegen Mahnungszinsen zuerkennen. Es kam auch für unsere Frage nicht darauf an, welche Klage zuerst gewählt wurde.

War dagegen der Vater gemahnt, so konnte allerdings die Reihenfolge von Bedeutung werden. Denn gesetzt, der Gläubiger hätte in diesem Falle zuerst den Sohn angegriffen, so konnte der Geschworne diesen Sohn doch nie in Mahnungszinsen verurtheilen. Gesetzt nun weiter, der Sohn hätte die vollen hundert, in die er verurtheilt war, bezahlt. Hier konnte kein Rechenkunststück angewandt werden. Denn den Satz, daß der Sohn für eine gegen den Vater gerichtete Mahnung nicht aufzukommen brauche, erkannte auch der Prätor an. Schwerlich würde z. B. der Prätor im Falle des fr. 49 pr. V. O. auch gegen den Sohn eine actio utilis gegeben haben. Denn auch in den Augen des Prätors blieb der Sohn der Hauptverpflichtete, der für eine an einen Nebenverpflichteten gerichtete Mahnung nicht verantwortlich gemacht werden konnte.

Nachdem wir uns jetzt unsere Stelle auch von der processualischen Seite angesehen haben, kann es uns nicht schwer werden, für die auf den ersten Augenblick auffallende Erscheinung eine Erklärung zu finden: daß nämlich im Falle des fr. 49 pr. V. O. eine utilis actio gegeben, dagegen in fr. 32, § 3, Us. durch ein Rechenkunststück geholfen wird.

Denken wir uns einmal in die Lage des Prätors hinein. Im Falle des fr. 49 pr. V. O. handelt es sich für den Anspruch des Gläubigers um Sein oder Nichtsein. Entweder der Prätor hilft, und der Gläubiger kann klagen; oder der Prätor hilft nicht, und der Gläubiger ist abgefunden.

Damit vergleiche man einmal den Gläubiger in fr. 32, § 3, Us. Wenn dieser zum Prätor gekommen wäre und um eine actio utilis gebeten hätte; der Prätor hätte ihn füglich so anlassen können: du willst eine actio utilis haben? du hast ja zwei prächtige Klagen, eine gegen den Vater und eine gegen den Sohn; so freigebig bin ich mit meinen actiones utiles durchaus nicht, daß ich sie jemand ertheilen sollte, dem nach Civilrecht schon zwei Klagen zustehen; versuch nur erst dein Heil mit den dir ohnehin zuständigen Rechtsmitteln.

Und allerdings führten ihn diese Mittel zum Ziele, wenn er nur den richtigen Gebrauch davon machte. Er mußte nämlich zuerst den Vater belangen. Freilich wurde durch Litiscontestation mit dem Vater gleichzeitig die Klage gegen den Sohn aufgezehrt, und es bedurfte gegen diesen doch wieder einer prätorischen Klage. Allein die Ertheilung dieser Art von Klagen fiel unter einen Gesichtspunkt, der dem Prätor schon längst geläufig war [14]).

Es kann zwar vorkommen, wie wir gesehen haben, daß der Gläubiger deshalb seine Zinsen entweder gar nicht oder nur theilweise erhält, weil das peculium so weit nicht reicht. Wenn sich z. B. seine Zinsen auf 5 belaufen, und das peculium nur drei beträgt, so erlangt er auch nur 3.

Allein ganz dasselbe trifft für die actio utilis zu. Denn wenn z. B. der gestorbene Sclave in fr. 49 pr. V. O. 105 werth war, das peculium sich aber nur auf 3 belief, so konnten dem Gläubiger auch nicht mehr zugesprochen werden.

---

[14]) v. Keller, Römischer Civilproceß § 79; derselbe in Bekker's und Muther's Jahrbuch, Bd. III., S. 166, Anm. 16.

Wir mögen also die Sache ansehen, von welcher Seite, stets bietet sich uns dieselbe Erscheinung dar: das Rechenkunststück führt hinsichtlich der Mahnungszinsen genau zu demselben Zweck, wie die actio utilis in fr. 49 pr. V. O. hinsichtlich anderer Wirkungen der Mahnung.

Was bisher für die actio de peculio ermittelt wurde, können wir unbedenklich auch für die actio quod jussu und de in rem verso annehmen.

Ob übrigens das Römische peculium heutzutage noch vorkommt, ist mir sehr fraglich [15]). Zum mindesten ist dasselbe völlig überflüssig. Denn abgesehen davon, daß bei uns die Haussöhne nicht so lange in väterlicher Gewalt gehalten werden, wie bei den Römern, sind heutzutage Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Haussohn, namentlich auch Schenkungen, zulässig. Auf diese Weise ist die Möglichkeit gegeben, in viel mannigfaltigerer und vollkommnerer Weise den öconomischen Zweck zu erreichen, dem bei den Römern das peculium diente. Freilich könnte sich jemand den Spaß machen, und heutzutage ein Römisches peculium errichten wollen. Hat doch auch die Meinung ihre Vertreter gefunden, daß die servitus luminum noch practisch sei, weil möglicher Weise jemand auf den verrückten Einfall gerathen könnte, sich mit Römischen Worten eine servitus luminum bestellen zu lassen! Als ob die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft wäre, mit der jeder Beliebige seinen Schabernack treiben könnte!

Uebrigens ist diese Frage für uns hier von untergeordneter Bedeutung. Uns kam es darauf an, zu ermitteln, wie es sich mit der Mahnung verhalte, wo dem Gläubiger ein Hauptverpflichteter und Nebenverpflichteter gegenüber stehen. Und ob nun das Römische Recht die in dieser Beziehung maßgebenden Grundsätze bei der actio de peculio oder bei welcher Gelegenheit sonst entwickelt hätte, ist am Ende ziemlich gleichgültig. Die Grundsätze aber, die wir kennen lernten, wenn wir die Römisch-processualische Hülle, in der sie uns entgegengebracht wurden, abstreifen, sind diese.

Eine an den Hauptverpflichteten gerichtete Mahnung wirkt auch gegen den Nebenverpflichteten.

Eine an den Nebenverpflichteten gerichtete Mahnung war ursprünglich nach Civilrecht völlig unwirksam. Das Prätorische Recht legte ihr indes Wirkung gegen den

---

15) Vgl. über diese Streitfrage Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 484, Anm. 4 und die dort Angeführten.

Nebenverpflichteten, aber nicht gegen den Hauptverpflichteten bei.

Und daß das Prätorische Recht nicht weiter gehen konnte, liegt in der Natur der Sache. Denn eine Verpflichtung, die von Schicksalen, welche eine andere Verpflichtung betreffen, in Mitleidenschaft gezogen wird, hört damit auf, Hauptverpflichtung zu sein. Daraus folgt, daß zwar wohl eine Hauptverpflichtung eine Nebenverpflichtung, nur nicht umgekehrt eine Nebenverpflichtung eine Hauptverpflichtung in dieser Weise in Mitleidenschaft ziehen kann.

In den folgenden Paragraphen sollen die hier gefundenen Sätze an weiteren Beispielen erläutert werden.

Vorher scheinen indes noch zwei Bemerkungen angebracht zu sein. Wir sahen, der Gläubiger ging, falls nur der Nebenverpflichtete gemahnt war, seiner Mahnungszinsen in dem Falle verlustig, wenn er zuerst den Hauptverpflichteten ausgeklagt hatte, und von diesem wegen der Hauptforderung befriedigt war. Verhält sich dies heutzutage noch ebenso? Die Entscheidung hängt von Beantwortung einer Vorfrage ab: ob und wie fern heutzutage die Wirkungen der Mahnung selbstständig durch Klage geltend gemacht werden können. Auf diese Frage einzugehen, ist indes hier noch nicht der Ort.

Eine weitere Bemerkung betrifft das Verhältnis des heutigen Rechtes zu dem von Marcian angewandten Rechenkunststücke. Müssen wir heutzutage auch noch solche Kunststücke machen?

Wir sahen, was die Wirkungen der Mahnung anbetrifft, wurde durch dies Rechenkunststück genau dasselbe erreicht, wie durch die actio utilis. Im Grunde genommen war aber dieser Standpunkt ein sehr einseitiger und gleichzeitig künstlicher. Denn einem Gläubiger ist damit allein noch nicht gedient, daß eine civilrechtliche Capitalzahlung in eine Zinsenzahlung verwandelt wird. Der Gläubiger will haben. Was nützt ihm eine Zinsenbewilligung, wenn wieder ebenso viel an der Capitalzahlung gestrichen wird. Freilich zahlte nachher der Sohn das, was der Prätor nicht als Capitalzahlung hatte gelten lassen, dann war die Sache gut. Wenn nun aber der Sohn zahlungsunfähig war, dann hatte der Gläubiger durch die vorgenommenen Manipulationen seine Mahnungszinsen zwar richtig erhalten, aber der Capitalverlust war dafür ebenso groß gewesen: er stand also genau betrachtet noch immer auf demselben Flecke.

Ich muß es dahin gestellt sein lassen, ob der Prätor für einen

Fall dieser Art nicht auch bei Mahnungszinsen eine utilis actio eingeräumt hätte. Der Fall, wie Marcian ihn vor Augen hat, liegt jedenfalls nicht so. So wie Marcian den Fall hinstellt, ist bisher weder gegen den Haussohn noch gegen den Vater geklagt worden. Hierauf weist das zweimalige Futurum convenietur und dabitur hin. Da aber Klagen einzuräumen, wo die Mittel, die das Civilrecht bot, noch nicht erschöpft waren, hätte ganz gegen den Geist des Prätorischen Rechtes verstoßen.

Wenn also auch Marcian für den Fall, wie er ihn im Auge hat, zum Rechenkunststück seine Zuflucht nehmen zu müssen glaubt; so ist damit die Frage noch nicht entschieden, ob nicht dann wenigstens der praetor eine actio utilis gewährte, wenn auch dies Rechenkunststück nicht zum Ziele führte.

Ich glaube aber, wir können diese Frage füglich auf sich beruhen lassen. Denn die Schnörkelwindungen, in denen sich das Prätorische Recht häufig aus Achtung vor dem Civilrecht bewegen mußte, heutzutage nachmachen zu wollen, wäre auf alle Fälle ein müssiges Beginnen. So seltsam es erscheinen würde, wenn jemand heutzutage z. B. eine actio fictitia anstellen wollte; gerade so seltsam würde sich im heutigen Recht das Marcian'sche Rechenkunststück ausnehmen. Die Aufgabe der heutigen Wissenschaft kann es nur sein, den neuen Gedanken, der sich hier mittelst actio utilis und Rechenkunststück neben dem alten Civilrecht durcharbeitete, in seiner Reinheit zur Darstellung und Anwendung zu bringen. Dieser Gedanke war aber der, daß eine an einen Nebenverpflichteten gerichtete Mahnung gegen diesen wirke. Und dieser Gedanke, in seiner Reinheit angewandt, führt dahin, daß bei einer Forderung von 100 Capital und 5 Mahnungszinsen der Nebenverpflichtete nicht bloß auf 100, sondern auf 105 wirksam belangt werden kann.

Ungefähr sagt das Mommsen auch, nur mit ein bischen andern Worten [16]).

§ 25.

Haupt- und Nebenverpflichtung. Fidejussio. Bürgschaft. In wie ferne wirkt eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung gegen fidejussor und Bürgen?

Die Haftung des fidejussor hat einen ähnlichen Entwicklungsgang aufzuweisen, wie die Haftung des Vaters der actio de peculio gegenüber.

---

[16]) a. a. O. S. 276.

Zunächst war auch die fidejussio ein Anhängsel der Hauptobligation; erst allmählich entwickelte sie sich zu einer Nebenverpflichtung. Der Unterschied zwischen Anhängsel und Nebenverpflichtung ist darein zu setzen, daß ein Anhängsel ohne Hauptverpflichtung gar nicht bestehen kann. Eine Nebenverpflichtung hingegen bedarf zwar, um in's Leben zu treten, zunächst der Hauptverpflichtung [1]). Ist sie aber dann einmal entstanden, so zieht der Untergang der Hauptverpflichtung nicht nothwendig den der Nebenverpflichtung nach sich [2]). Die Nebenverpflichtung kann also auch möglicherweise ihre eignen Wege gehen. Das Wesentliche der Nebenverpflichtung im Gegensatz zur Hauptverpflichtung besteht aber wieder darin, daß sie darauf angelegt ist, von den Schicksalen, welche die Hauptverpflichtung betreffen, in Mitleidenschaft gezogen zu werden, während die Hauptverpflichtung darauf berechnet ist, auf eignen Füßen zu stehen.

Wie bei der actio de peculio soll auch hier sowohl die an den Hauptschuldner als die an den fidejussor gerichtete Mahnung einer nähern Betrachtung unterzogen werden.

Die an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung wirkt zugleich gegen den fidejussor.

Dieser Satz war schon richtig, als die fidejussio noch ein Anhängsel der Hauptverpflichtung war, und ist es auch später geblieben. Es sind in dieser Beziehung folgende Stellen zu beachten.

fr. 24, § 1, Us. 22, 1.

Cum reus moram facit, et fidejussor tenetur.

fr. 49 pr. V. O. 45, 1.

quae omnia et in fidejussoris persona dicuntur.

fr. 88 V. O. 45, 1.

Mora rei fidejussori quoque nocet.

fr. 91, § 4, V. O. 45, 1.

accessionibus quoque suis, id est fidejussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam spoponderunt.

fr. 58, § 1, de fidej. 46, 1.

Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Sticho solvendo et is decessit.

---

[1]) fr. 6 V. O. 45, 1; fr. 70, § 4, de fidejuss. 46, 1.

[2]) fr. 95, § 1, Sol. 46, 3; fr. 1, § 14, Dep. 16, 3.

fr. 10 Rem pupilli 46, 6.

Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit, certum est et fructuum nomine et usurarum medii temporis tam fidejussores ejus quam ipsum teneri.

fr. 44 Op. lib. 38, 1.

Si libertus moram in operis fecit, fidejussor tenetur.

c. 5 C. de pactis inter emtorem IV, 54.

ex mora duntaxat usuras tam ab ipso debitore, quam ab eo, qui in omnem causam emti suam fidem adstrinxit, de jure postulabis.

Hasenbalg[3]) meint freilich, daß diese letzte, bereits früher[4]) ganz ausgeschriebene, Stelle hier nicht her gehöre. Er versteht sie nämlich von einem Falle, wo dem Käufer das Kaufgeld creditirt worden. Wäre dann ein Vertrag über die Verzinsung nicht abgeschlossen, so würde der Verkäufer dann noch von dem Augenblicke an, von welchem der Käufer die Kaufsumme zu zahlen verpflichtet war, mithin im vorliegenden Fall vom Ablauf der bewilligten Zahlungsfrist an, Zinsen fordern können, aus dem Billigkeitsgrundsatze, daß der Käufer nicht gleichzeitig den Genuß der gekauften Sache und des noch nicht gezahlten Kaufpreises haben solle.

Mich dünkt, die Stelle sagt eher das gerade Gegentheil. Der Käufer hat das Kaufgeld am Verfalltag nicht berichtigt. Ist nun, sagt der Kaiser, für diesen Fall dessen Verzinsung ausbedungen, so hat es dabei sein Bewenden. Liegt aber eine derartige Vereinbarung nicht vor, so können jedenfalls von der Mahnung an Zinsen begehrt werden. In der hier gebrauchten Bedeutung kommt duntaxat auch sonst vor[5]). Ex mora duntaxat heißt hier so viel wie in fr. 10, § 3, Mand. 17, 1 die Worte „ex mora utique".

Auf die Einzelheiten des Falles geht der Kaiser gar nicht ein; denn was er hier sagt, trifft überall zu. Hält man es indes für erforderlich, einen scharf ausgeprägten Fall zu Grunde zu legen, so wird man nicht mit Hasenbalg annehmen können, daß die verkaufte Sache bereits tradirt war, man wird dann vielmehr davon auszugehen haben, daß die Tradition noch nicht erfolgte. Denn bei der Hasenbalg'schen

---

[3]) Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1870, S. 263, 264.

[4]) Vgl. oben S. 141.

[5]) c. 13, § 1, C. Th. de praetoribus et quaestoribus VI, 4.

Annahme wäre sowohl Zinsenverabredung als Mahnung etwas höchst Ueberflüssiges gewesen, da dem Verkäufer schon ohnedies ein Zinsenanspruch zustand [6]). Es wird ja auch heutzutage häufig ausgemacht, daß das Kaufgeld, oder wenigstens ein Theil desselben, bereits vor der Tradition berichtigt werde, namentlich kommt dies beim Verkauf von Grundstücken vor.

Endlich ist noch zu beachten, daß der Schlußsatz unserer Stelle offenbar einen andern Zeitpunkt im Sinne hat, von wo an die Zinsen laufen sollen, als der Anfang. Bei der Hasenbalg'schen Erklärung fehlt es aber in dieser Beziehung an jedem Gegensatz: denn mag nun eine Verabredung wegen der Zinsen getroffen sein oder nicht, der Zinsenlauf beginnt hier immer zur selben Zeit.

Mommsen S. 237, 238, versteht unsere Stelle von einem Falle, wo der Verkäufer vor der Anstellung der Klage auf Zahlung des Kaufpreises die verkaufte Sache weder tradirt noch offerirt, vielmehr die Oblation erst gleichzeitig mit der Anstellung der Klage vorgenommen hatte.

Allein ist denn gar keine Klage auf Zahlung des Kaufpreises ohne Tradition oder Oblation der verkauften Sache denkbar! Man braucht sich ja nur folgenden Fall zu denken: die Zahlung des Kaufpreises soll Ostern, die Tradition Johannis erfolgen. Dann kann doch gleich nach Ostern der Kaufpreis eingeklagt werden, ohne daß es einer Oblation bedarf.

Ferner meint Mommsen, die Mahnung sei in unserer Stelle durch Klagmittheilung erfolgt. Auch für diese Annahme liegt kein zwingender Grund vor.

fr. 54 pr. Loc. 19, 2. — Paulus libro quinto responsorum.

Quaero, an fidejussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solum modo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam

Ich frage, ob der Bürge eines Pächters auch für Zinsen wegen nicht berichtigter Pachtgeldsraten haftet, und ihm nicht die Constitutionen nützen, in denen vorgesehen wird, daß diejenigen, welche für andere Geld zahlen, nur den Capitalschaden zu übernehmen brauchen. Paulus antwortete, wenn auch der Bürge sich in Bezug auf

---

[6]) fr. 13, § 20, 21, A. E. V. 19, 1; c. 5 C. eodem 4, 49; fr. 18, § 1, Us. 22, 1; c. 2 C. eodem 4, 32; Vat. Fr. § 2.

fidejussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione profiscuntur quam ex officio judicis applicentur, tamen, cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fidejussisset: „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?“ vel ita: „indemnem me praestabis?“

das ganze Pachtverhältnis verpflichtet hat, müsse er ebenso wie der Pächter auf die zu spät berichtigten Pachtgeldsraten, sofern der Pächter gemahnt worden, Zinsen leisten. Denn wenn auch die Zinsen bei gutgläubigen Klagen nicht sowohl aus einer Obligation hervorgehen, als vielmehr in Folge der Machtbefugnis des Geschwornen angeknüpft werden; scheint es doch billig, daß der Bürge, welcher sich dem ganzen Pachtverhältnis angeschlossen hat, auch in seiner Person die Zinsenlast übernehme, wie wenn er sich so verbürgt hätte: „in wie viel der und der nach gutem Glauben wird verurtheilt werden müssen, auf so viel willst du Bürge sein?“ oder so: „willst du mich schadlos halten?“

Was zunächst die in unserer Stelle erwähnten Constitutionen anbetrifft, so hat bereits Cujacius[7]) die Ansicht aufgestellt, es seien dieselben, welche in fr. 17, § 7, Us. 22, 1; fr. 21, § 1, ad Mun. 50, 1; fr. ult. pr. de adm. rer. 50, 8 und c. un. C. de his qui ex off. 11, 38 in Bezug genommen würden. Den Inhalt dieser Constitutionen gibt er so an:

> „constitutum est eos, qui pro aliis pecunias exsolvunt, veluti fidejussores, mandatores, participes officii publici, pecuniae constitutae reos, sortis solummodo damnum agnoscere.

Demgemäß wird dann unsere Stelle dahin erklärt: es sei positiver Rechtssatz, daß ein fidejussor nur für Capital, nicht für Zinsen hafte, dieser Satz könne indes durch den Willen der Contrahenten abgeändert werden, und dies sei der Fall bei einer fidejussio in omnem causam conductionis.

---

[7]) a. a. O. VI., 532 D.

Eine andere Erklärung gibt Josephus Fernandez de Retes[8]). Auch dieser bringt bei dieser Veranlassung unsere Stelle mit den von Cujacius angeführten in Verbindung, abgesehen von fr. 17, § 7, Us., er faßt aber den Inhalt der Constitutionen anders auf, und meint, Paulus entnehme aus diesen Constitutionen nur einen Zweifelsgrund, in Wirklichkeit ständen dieselben gar nicht im Wege: „Sed non obstantibus praedictis Constitutionibus, quae in diverso casu loquuntur, nempe in nominatore administratoris Reipublicae et in caeteris, qui ex officio pro publicis administratoribus tenentur, ut ex illis patet."

Was nun zunächst die Frage anbetrifft, welche Constitutionen Paulus im Sinne gehabt habe, so kann es füglich keinem Zweifel unterliegen, daß wir es mit denselben Constitutionen zu thun haben, wovon die bei Cujacius und de Retes angeführten Stellen handeln.

Anlangend sodann den Inhalt dieser Constitutionen, so muß ich de Retes Recht geben: daß in dieser Beziehung ein so allgemeiner Satz, wie Cujacius ihn aufstellt, sollte gegolten haben, ist schon an sich sehr bedenklich. Für die Auffassung des de Retes spricht aber noch besonders eine Vergleichung unserer Stelle mit fr. 21, § 1. ad Mun. 50, 1:

> Paulus respondit, eos, qui pro aliis non ex contractu, sed ex officio, quod administraverint, conveniuntur, in damnum sortis substitui solere, non etiam in usuras.

Denn schon an sich betrachtet, legen diese Worte es nahe, den Gedanken, welchen Paulus in unserer Stelle durch den Satz „qui pro aliis pecuniam exsolvunt" im Sinne hatte, dahin zu ergänzen: qui pro aliis non ex contractu, sed ex officio, quod administraverint, pecuniam exsolvunt.

Dazu kommt, daß beide Stellen aus demselben Werke des Paulus, nämlich seinen „Gutachten," entnommen sind, und zwar unsere Stelle aus dem fünften, die Stelle aus dem Titel ad Municipalem dagegen aus dem ersten Buch. Da also Paulus im ersten Buche desselben Werkes den Inhalt der fraglichen Constitutionen schon genauer angegeben hatte, brauchte er von seinen Lesern wohl nicht zu besorgen, daß sie ihn misverstehen würden, wenn er im fünften Buche sich damit begnügte, diesen Inhalt nur kurz anzudeuten.

[8]) In Meermann's Thesaurus, Band VII., S. 450.

Jetzt bleibt indes noch zu erklären, wie in unserer Stelle auf Grund der fraglichen Constitutionen überall ein Zweifel aufkommen konnte. Zu diesem Zwecke müssen wir uns die betreffenden Stellen etwas näher ansehen. Die drei noch nicht ausgeschriebenen lauten so:

fr. 17, § 7, Us. 22, 1. — Paulus libro singulari de usuris.

Eos, qui ex administratione rerum civitatium conveniuntur usuris obnoxios esse satis notum est, idem observatur in operum curatoribus, si pecunia apud eos remansit, sed in ea quam redemptoribus commiserunt, etiamsi neglegenter dederint, usura eis remittitur: haec autem ita sunt, si nulla fraus arguitur: alioquin etiam usurae adplicabuntur.

fr. ult. pr. de adm. 50, 8. — Papirius Justus libro II de Constitutionibus.

Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, pecuniae, quae apud curatores remansit, usuras exigendas, ejus vero, quae a redemtoribus operum exigi non potest, sortis duntaxat periculum ad curatores pertinere.

c. un. C. de his qui ex officio, quod administraverunt, conveniuntur, 11, 38.

Imperator Antoninus A. Octavio. — Foenoris reipublicae, quod non tua culpa perditum esse apparuerit, sufficit sortis damnum, non etiam usurarum ejus sustinere.

Von diesen Stellen enthält fr. 21, § 1, ad Mun. folgenden allgemeinen Satz: Gemeindebeamte, welche wegen ihrer Amtsführung für andere in Anspruch genommen werden, brauchen nur das Capital, keine Zinsen zu erstatten. Dieser allgemeine Satz wird in der Codexstelle auf einen zinstragenden Posten angewandt, der verloren gegangen war. Die beiden andern Stellen sprechen vom redemptor, und das kommt unserm Falle schon näher.

Die locatio conductio operis war nämlich das Rechtsgeschäft, welches hauptsächlich angewandt sein wird, wo Gemeindebauten auszuführen waren. Die Gemeinde hielt sich dann an die curatores operum und diese wieder an die redemtores [9]). Die curatores operum

[9]) fr. 2, § 1, de op. publ. 50, 10.

schlossen also auf ihren Namen ab, nicht auf den Namen der Gemeinde. Letzteres ging auch wohl gar nicht an; wenigstens wird es in fr. 5, § 9, de pec. const. 13, 5, als eine Besonderheit aufgeführt, daß aus einem auf den Namen der municipes abgeschlossenen Constitute diesen eine utilis actio zustehe. Es scheint Sitte gewesen zu sein, daß die curatores operum in Vorschuß gingen[10]; und wenn dann die redemtores das Werk nicht vollendeten, konnten die erwähnten Constitutionen von Bedeutung werden.

Weil nun auch in unserer Stelle von diesen Constitutionen die Rede ist, müssen wir annehmen, daß das dort erwähnte Pachtverhältnis mit einem Gemeindebeamten abgeschlossen war. Diese Annahme liegt um so näher, als eine Verpachtung von Gemeindegrundstücken sehr häufig vorgekommen sein wird; bildete doch der Pachtschilling die Haupteinnahmequelle der Römischen Gemeinden[11]).

Näher haben wir uns also den Fall, dessen Begutachtung von Paulus verlangt wurde, so zu denken.

Ein Gemeindebeamter hat ein Gemeindegrundstück verpachtet, sich aber vom Pächter einen Bürgen stellen lassen. Die Sache liegt nun so, daß der Bürge auf Zahlung rückständiger Pachtgeldsraten in Anspruch genommen werden soll. Der Fragesteller ist sich aber darüber im unklaren, ob der Bürge auch für Zinsen aufzukommen habe, ob er sich nicht auf die mehrerwähnten Constitutionen berufen könne. Denn gesetzt, es wäre weder vom Pächter noch vom Bürgen mehr als das bloße Pachtgeld zu haben, so kommt darum der Gemeindebeamte ja doch nicht in Schaden; denn dieser haftet in diesem Falle der Gemeinde aus seiner Person nicht für Zinsen. Wenn also der Bürge Zinsen zahlt, so kommt dies nicht dem Gemeindebeamten, sondern der großen Casse zu gute. Und wo es sich um Wohl und Wehe der großen Casse handelt, ist ja auch der heutige Laie nur zu geneigt, die Verträge möglichst zu deren Nachtheil zu handhaben.

Paulus geht in seinem Gutachten über dieses Bedenken des Fragestellers mit Stillschweigen hinweg, was wir ihm, als Manne der Wissenschaft, zu gute halten müssen. Im übrigen tadelt er an der Frage, wie sie gestellt worden, ihre zu große Allgemeinheit. Du hast mir ja

[10]) fr. 17, § 7, Us. 22, 1; fr. 2, § 11, de adm. rer. 50, 8.

[11]) Becker (Marquardt) Handbuch der Römischen Alterthümer, Theil III., Abtheilung 1, S. 354.

gar nicht mitgetheilt, hält er dem Fragesteller vor, wie die Bürgschaft eigentlich abgefaßt war. Hat der Bürge sich vielleicht in omnem causam conductionis verpflichtet? Dann haftet er allerdings für die Mahnungszinsen des Pächters. Freilich ist die Sache gar nicht unbedenklich. Zwar beunruhigt mich dein vom Gesichtspunkte der großen Casse hergenommenes Bedenken nicht im mindesten. Mein Zweifelsgrund besteht vielmehr darin, daß usurae in bonae fidei judiciis non tam ex obligatione proficantur quam ex officio judicis applicentur.

Damit hat Paulus dies sagen wollen. Beruhte der Zinsenanspruch gegen den Hauptverpflichteten auf einem Vertrage, so würde es ja gar nicht zweifelhaft sein, daß der Bürge, der diesem Vertrage hinzutrat, für solche Zinsen aufzukommen hätte. Mit derartigen Zinsen haben wir es aber in diesem Falle nicht zu thun. Hier handelt es sich um Zinsen, deren Ursprung in der Machtvollkommenheit des Geschwornen zu suchen ist. Diese Machtvollkommenheit beschränkte sich indes auf die gutgläubigen Obligationen. Da nun aber die Eingehung einer fidejussio in Stipulationsform geschah [12]), hieße es da nicht, die Machtvollkommenheit des Geschwornen über die Gebür und die ihr gewiesenen Schranken erweitern, wollte man ihm anheimgeben, auch der Verpflichtung eines fidejussor Zinsen anzuhängen?

Dieser Zweifelsgrund erledigt sich auf folgende Weise. Allerdings bezog sich der fragliche Rechtssatz nur auf die gutgläubigen Obligationen. Allein andererseits war doch auch auf die Befugnisse des Geschwornen der Wille der Contrahenten nicht ohne Einfluß. Konnte doch auch sonst, was Inhalt einer gutgläubigen Obligation war, zum Gegenstand einer Stipulation gemacht werden [13]), warum also auch nicht einer Stipulation, wie sie ein fidejussor einging?

Damit dies recht einleuchtend werde, wählt Paulus zunächst ein Beispiel, geeignet, auch dem Bedenklichsten alle Bedenken zu nehmen. Er gibt der einem sich verbürgen Wollenden vorzulegenden Frage folgende Fassung: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?

Allerdings reicht die Machtvollkommenheit des Geschwornen, sofern

[12]) Gaj. III, 116.
[13]) Vgl. z. B. fr. 4 Us. 22, 1.

sie einen Zinsenanspruch begründen sollte, an sich nicht über die gutgläubigen Obligationen hinaus. Wenn nun aber die Vertragschließenden in Form der Stipulation ausmachten, daß der promissor gerade so haften solle, wie ein anderer vom gutgläubigen Standpunkte aus gehaftet hätte? Auch hier war der Geschworne sicherlich gehalten, den promissor so weit mit in Zinsen zu verurtheilen, als er dazu in Bezug auf diesen andern verpflichtet gewesen wäre.

Was ausdrücklich, kann auch stillschweigend ausbedungen werden. Paulus gibt ein zweites Beispiel, wo die Frage an den sich verbürgen Wollenden so lautet: willst du mich schadlos halten? Hier ist allerdings nicht ausdrücklich erklärt, daß der fidejussor so haften wolle, wie der Hauptschuldner vom gutgläubigen Standpunkte aus; der Vertrag kann indes kaum anders gedeutet werden.

Und von diesen beiden Beispielen schließt dann Paulus wieder zurück auf das Beispiel, wie er es sich aus Veranlassung der gestellten Frage gebildet hatte, und kommt zu dem Ergebnis: auch bei einer fidejussio in omnem causam conductionis gebe sich der Wille der Vertragschließenden dahin kund, daß der Bürge in dem Umfange für Zinsen aufkommen müsse, in welchem der Hauptschuldner vom gutgläubigen Standpunkte aus in solche zu verurtheilen gewesen wäre.

Darin liegt ja aber gleichzeitig ausgesprochen, daß der Bürge nicht unter allen Umständen für Mahnungszinsen des Hauptschuldners haftet. Ich habe mich also wohl geirrt, als ich vorhin annahm, daß der Fragsteller mit seinem Bedenken von Paulus ziemlich verächtlich behandelt sei? Bekommt er doch halbwegs recht! Scheint es doch, als habe das von der großen Casse hergenommene Bedenken auch auf die Entscheidung des Paulus Einfluß gehabt!

Allein wie wesentlich verschieden der Standpunkt, den der große Rechtsgelehrte einnimmt, von dem des Fragstellers ist, ergibt schon der Umstand, daß Paulus sich sofort mit der Fassung des Bürgschaftsvertrages beschäftigt. Und wenn er nun zu dem Ergebnis gelangt, daß bei einer fidejussio in omnem causam conductionis der Bürge die Zinsen zu entrichten habe, welche in Folge einer an den Hauptschuldner gerichteten Mahnung hervorgerufen seien, so ist damit doch nur gesagt: ob der Bürge für solche Zinsen aufzukommen habe, hängt von der Fassung des Bürgschaftsvertrages ab.

Diesem Gedanken müssen wir jetzt noch ein wenig nachgehen. Es

muß also nach der Ansicht des Paulus Fälle gegeben haben, wo ein fidejussor für Mahnungszinsen, die der Hauptschuldner schuldete, nicht in Anspruch genommen werden konnte.

Solche Fälle zu finden, kann uns auch gar nicht schwer werden, wenn wir nur bedenken, daß der Vertrag mit dem fidejussor sowohl certe als incerte Fassung haben konnte [14]). Nehmen wir nun einmal an, die Fragestellung an den fidejussor hätte so gelautet: pro Aurelio Romulo, colono praedii publici, centum annua in quinque annos fide tua esse jubes? Hier wäre es völlig undenkbar gewesen, daß der Bürge in mehr als die fünfmal hundert hätte verurtheilt werden können, und daran hätte auch eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung nichts geändert.

Dies wird man um so bereitwilliger zugeben, wenn man einerseits bedenkt, daß die bei Belangung eines fidejussor zu bildende Formula durchaus ihre selbständige Intention hatte, die keineswegs identisch war mit der Intention, wie sie in eine gegen den Hauptschuldner geforderte Formula gesetzt wurde [15]); und wenn man andererseits nicht außer Augen läßt, daß die Machtvollkommenheit des Geschwornen, so weit es sich um unsern Zinsenanspruch handelt, an sich nicht über die gutgläubigen Obligationen hinausreichte.

Nun bilde man einmal, wie dies fr. 42, § 1, de jurejur. 12, 2, zu gestatten scheint, folgende gegen einen fidejussor zu gebrauchende Formel:

Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. centum dare oportere,
judex Nm. Nm. Ao. Ao. centum condemna, s. n. p. a.

Es leuchtet doch sofort ein, daß auf Grund einer solchen Formel der Geschworne den fidejussor Numerius Negidius nie in mehr als 100 verurtheilen konnte.

Glaubt man aber in dieser Beziehung noch weiterer Quellenaussprüche zu bedürfen, so wäre fr. 68, § 1, de fidej. 46, 1, gar so unbedeutend nicht.

Hier haben sich Petronius Thallus und andere für den Zollpächter Aurelius Romulus auf jährlich 100 verbürgt. Die fiscalischen Präfecten verlangen von den Bürgen die Pachtraten nebst Zinsen. Darüber beschweren sich die Bürgen beim Kaiser, und dieser entscheidet

---

14) Gaj. IV, 137; fr. 75, § 6, V. O. 45, 1.
15) v. Keller, Litiscontestation, S. 435 fgg.

so: da Petronius Thallus und Genossen sich nur auf jährlich 100, nicht in Bezug auf das ganze Pachtverhältnis verbürgt hätten, brauchten sie auch für die Zinsen nicht aufzukommen.

Freilich bezieht sich diese Stelle nicht gerade auf unsere Mahnungszinsen, sondern handelt von den gesetzlichen Zinsen, auf die der Fiscus als solcher Anspruch hatte [16]). Allein es wäre nicht abzusehen, warum was von diesen, nicht auch von unsern Mahnungszinsen gelten sollte.

Ferner spricht unsere Stelle nicht gerade vom officium judicis, sondern hat die Verwaltungsjustiz der fiscalischen Präfecten vor Augen [17]). Allein wenn sogar diese in unserm Falle sich nicht herausnehmen durften, von den Bürgen Zinsen beizutreiben, so wird die Machtvollkommenheit eines Geschwornen noch viel weniger dazu ausgereicht haben.

Und daß dem Kaiser nichts ferner lag, als in der hier fraglichen Beziehung für seinen fiscus etwas Besonderes festzusetzen, seine Entscheidung vielmehr ganz auf gemeines Recht gestellt sein sollte, darüber können uns auch die Schlußworte „exemplo pignorum a creditore distractorum“ belehren [18]).

Jetzt sind noch folgende zwei Stellen näher zu betrachten.

fr. 8 de eo quod certo loco 13, 4. — Africanus libro tertio quaestionum.

Centum Capuae dari stipulatus fidejussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, id est ut, si alibi quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat lisque tanti aestimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi. nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fidejussoris augeri:	Du hast dir versprechen lassen, daß hundert zu Capua gezahlt würden und darauf einen Bürgen angenommen. Dies Geld muß vom Bürgen gerade so wie vom Hauptschuldner selber gefordert werden, d. h. wenn es anderswo als zu Capua gefordert wird, muß arbiträr geklagt, und der Streitgegenstand um so viel geschätzt werden, als es dem Bürgen oder Kläger ausmachte, daß diese Summe vielmehr zu Capua als anderswo gezahlt werde. Und nicht wird die

[16]) Vgl. fr. 17, § 5, Us. 22, 1, und oben S. 8.

[17]) Vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte, Band II. § 60, Anm. 23.

[18]) Vgl. fr. 35 pr. de pign. act. 13, 7; fr. 5, § 2; fr. 101, § 1, Sol. 46, 3.

neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est, circa cujus exsecutionem aestimationis ratio arbitrio judicis committitur, ejusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium judicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutam esse.

Obligation des Bürgen nothwendig vermehrt werden, weil es etwa am Hauptschuldner lag, daß nicht die vollen hundert zu Capua gezahlt wurden. Denn dies Verhältnis wird mit Unrecht einer Zinsenobligation verglichen, weil dort zwei Stipulationen vorhanden sind, hier aber eine in Bezug auf das creditirte Geld, hinsichtlich deren Beitreibung die Art und Weise der Schätzung dem Ermessen des Geschwornen überlassen wird. Für diesen Unterschied spricht meines Erachtens sehr deutlich auch dies: wenn nach eingetretener Säumigkeit ein Theil des Geldes gezahlt ist, und der Rest eingeklagt wird, muß die Thätigkeit des Geschwornen sich darauf beschränken, daß er schätzt, wie viel es für den Kläger werth war, daß gerade die eingeklagte Summe zu Capua gezahlt worden.

fr. 10 eodem 13, 4. — Paulus libro quarto quaestionum.

Si post moram factam, quo minus Capuae solveretur, cum arbitraria vellet agere, fidejussor acceptus sit ejus actionis nomine, videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia judicis accedere potest, non debeatur nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta vel si Capuae petatur, arbitrium judicis cesset: nisi si quis dicat, si judex centum et viginti condemnare debuerit,

Als ein Gläubiger, dem eine Zahlung in Capua ausgeblieben war, arbiträr klagen wollte, wurde wegen dieser Klage ein Bürge angenommen. Es muß behauptet werden, daß das Geld, welches in Folge Richterspruches möglicherweise hinzukommt, nicht geschuldet wird und keinen Gegenstand der Obligation bildet, dergestalt, daß das Ermessen des Geschwornen aufhört, wenn jetzt noch das Capital gezahlt ist, oder in Capua

centum solutis, ex universitate, tam ex sorte quam ex poena solutum videri, ut supersit petitio ejus, quod excedit sortem, et accedat poena pro eadem quantitate. quod non puto admittendum, tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur.

geklagt wird. Es möchte denn jemand einwenden wollen, wenn ein Geschworner in 120 hätte verurtheilen müssen, wäre eine Zahlung von 100 als auf das Ganze gemacht anzusehen, also sowohl auf das Capital als auf die Strafe, so daß eine Forderung auf einen Capitalrest übrig bleibt, zu dem von der Strafe ein verhältnißmäßiger Betrag hinzutritt. Ich halte dies um so weniger für zulässig, als ein Gläubiger durch Annahme des Geldes auch auf die Strafe zu verzichten scheint.

Beide Stellen führen uns auf das Gebiet der actio de eo quod certo loco. Es war dies eine Klage, bei der sowohl das Ortsinteresse des Beklagten als des Klägers berücksichtigt wurde [19]).

So weit die actio de eo quod certo loco auch das Zeitinteresse des Klägers umfaßt, gehört sie zu den auf's Interesse angelegten Klagen. Für diese Klagen fanden wir bereits folgendes Gesetz: die auf's Interesse angelegten Klagen gehen von der Fälligkeit der Obligation an auf's Interesse; die Wirkung der Mahnung erscheint hier nur als Ausfluß eines höheren Principes, sie wirkt nur, wenn und so weit sie die Fälligkeit der Obligation herbeiführt.

Es kann fraglich erscheinen, wie wir in den beiden hier zu betrachtenden Stellen die Ausdrücke mora und per reum steterit quominus zu verstehen haben: ob wir sie lediglich auf unsere Mahnung beziehen, oder in einem weiteren Sinne nehmen, so daß dadurch nur die Fälligkeit der Obligation hätte bezeichnet werden sollen.

Ich glaube sogar, daß der weitere Gesichtspunkt der zutreffende sein wird. Allein dieser umfaßt jedenfalls auch unsere Mahnung. Für uns kann es also ziemlich einerlei sein, wie die betreffenden Ausdrücke zu nehmen sind. Denn mag nun unsere Mahnung ausschließlich oder nur mitgemeint sein: weder im einen noch im andern Fall können wir stillschweigend an beiden Stellen vorübergehen.

---

[19]) fr. 2 pr. de eo quod certo loco 13, 4.

Man möchte noch folgenden Einwand geltend machen wollen. Wenn jemand an einem andern Orte als seinem Wohnorte Zahlung verspricht, wird auch stets eine Verabredung über die Zahlungszeit getroffen werden, sei es ausdrücklich oder stillschweigend [20]). Wie können hier also Fälle vorkommen, wo es zur Herbeiführung der Fälligkeit der Mahnung bedarf?

Allein wenn auch über die Zahlungszeit eine Verabredung getroffen worden, kann es gleichwohl dann einer Mahnung bedürfen, wenn nämlich der Gläubiger ebenso wenig wie der Schuldner am Zahlungsort wohnt, und der Schuldner nicht verpflichtet ist, dem Gläubiger das Geld hinzubringen.

Und will man Fälle haben, wo die Nothwendigkeit einer Mahnung noch deutlicher hervortritt, so braucht man sich nur Stipulationen zu denken mit Zusätzen wie quum petiero [21]), oder qua die petiero [22]), oder ähnlichen. Denn es wäre nicht abzusehen, warum solche Zusätze auch nicht in Stipulationen mit einem bestimmten Zahlungsort sollten vorgekommen sein.

Was nun die in beiden Stellen getroffenen Entscheidungen anbetrifft, so hängen sie auf's innigste mit dem Römischen Formalismus zusammen.

Die Formel für unsere Klage hat Rudorff [23]) so gebildet:

> Judex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Ephesi illud dare oportere, quanti arbitratu tuo alterutrius interfuerit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae dari, tantam pecuniam Nm. Nm. A°. A°. c. s. n. p. a.

Ich will diese Formel hier nicht in ihren einzelnen Bestandtheilen prüfen, im ganzen und großen wird sie richtig sein, und das genügt für unsern Zweck. Nur muß jedenfalls das Wort alterutrius gestrichen werden. Denn hätte dieses in der Formel gestanden, so wären Erörterungen über den Umfang der dem Römischen Geschwornen zustehenden Befugnisse, wie wir sie z. B. in fr. 2, § 8, de eo quod certo loco antreffen, gar nicht möglich gewesen. Dazu kommt, daß bei dieser Klage anfangs lediglich das Ortsinteresse des Beklagten

---

20) Vgl. fr. 137, § 2, V. O. 45, 1.

21) Vgl. fr. 48 V. O. 45, 1.

22) Vgl. fr. 135 pr. V. O. 45. 1.

23) Edict § 96, S. 106.

berücksichtigt, und erst auf die Autorität Labeo's hin auch das Interesse des Klägers mit in Betracht gezogen wurde [24]).

Weiter ist hier daran zu erinnern, was bereits oben bemerkt worden, daß die bei Belangung eines fidejussor zu bildende Formel durchaus ihre selbständige Intention hatte, ja daß, wie fr. 42, § 1, de jurejurando 12, 2, anzudeuten scheint, wenigstens bei einer condictio certi das Fidejussionsverhältnis in der Formel gar nicht erwähnt wurde.

Wenn aber bei der condictio certi des Fidejussionsverhältnisses keiner Erwähnung geschah, wird ebenso wenig in der entsprechenden actio de eo quod certo loco Platz für dasselbe gewesen sein.

Jetzt will ich einmal den Bürgen Numerius Negidius und den Hauptschuldner Lucius Titius nennen, und auf Grund des in unserm fr. 8 besprochenen Falles die beiden Formeln für die actio de eo quod certo loco bilden.

Der Hauptschuldner möge in Ephesus, der Bürge in Rom wohnen.

> Judex esto. Si paret Lucium Titium A°. A°. Capuae centum dare oportere, quanti arbitratu tuo interfuerit eam pecuniam Capuae potius quam Ephesi dari, tantam pecuniam Lucium Titium A°. A°. c. s. n. p. a.
>
> Judex esto. Si paret Nm. Nm. A°. A°. Capuae centum dare oportere, quanti arbitratu tuo interfuerit eam pecuniam Capuae potius quam Romae dari, tantam pecuniam Nm. Nm. A°. A°. c. s. n. p. a.

Diese beiden Formeln machen anschaulich, wie ein Römischer Geschworner bedenklich werden konnte, falls gegen den fidejussor mit einer actio de eo quod certo loco geklagt war, eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung zu berücksichtigen. Denn die Obligation, welcher der fidejussor hinzugetreten, ist die stipulatio auf certa pecunia. Bei einer stipulatio auf certa pecunia hatte aber die Mahnung an sich keine Wirkungen. Folglich konnte auch hier eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung an sich nicht gegen den fidejussor wirken. Nun konnte allerdings ein gemahnter Hauptschuldner aus stipulatio certa in unserm Fall mit der actio de eo quod certo

---

[24]) § 33 J. de act. 4, 6; Theophilus ad hunc locum; fr. 2, § 8, de eo quod certo loco 13, 4.

loco belangt werden, und dann machten sich auch die Wirkungen der Mahnung geltend. Denn der Geschworne hatte ja auszurechnen, wie groß das Interesse des Klägers sich belief, daß das Geld nicht in Capua bezahlt war, sondern zu Ephesus vom Hauptschuldner eingeklagt werden mußte. Aber an sich änderte die Mahnung am Bestande der Obligation nicht das Allermindeste. Denn wenn der Gläubiger den Hauptschuldner nicht in Ephesus mit der actio de eo quod certo loco, sondern in Capua mit der condictio certi belangte; so konnte von Wirkung der Mahnung keine Rede sein.

Aenderte aber die Mahnung nichts am Bestande der Obligation des Hauptschuldners, so konnte sie auch nicht die Obligation des fidejussor vergrößern, schon nicht nach dem Grundsatz: fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur [25]).

Sehen wir uns jetzt die African'sche Stelle etwas näher an.

African sagt zunächst, der Bürge müsse in ähnlicher Weise, similiter, wie der Hauptschuldner belangt werden. Wird also gegen den Bürgen arbiträr geklagt, so muß geschätzt werden, was die zu Capua versprochenen 100 in Rom werth sind. Es kann dies weniger, aber auch mehr als hundert sein (quanti ejus, nämlich fidejussoris, vel actoris interfuerit). Auf keinen Fall aber vergrößert sich die Verpflichtung des fidejussor durch eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung. Allerdings kann ein gemahnter Hauptschuldner, wenn er mit der actio de eo quod certo loco belangt wird, in mehr als hundert verurtheilt werden. Aber dieses Mehr steht zur Hauptobligation nicht etwa in einem solchen Verhältnis, wie eine Zinsenobligation. Denn dort haben wir zwei Obligationen, von denen sich die eine auf das Capital, die andere auf die Zinsen bezieht. Und wer sich für zwei Obligationen verbürgt, kann auch nichts dagegen haben, wenn er aus beiden in Anspruch genommen wird. Hier dagegen haben wir nur eine Capitalobligation, mit welcher der Geschworne lediglich eine Umrechnung vorzunehmen hat. Dies wird recht deutlich durch folgendes Beispiel. Hat der gemahnte Hauptschuldner z. B. 70 bezahlt, und wird dann mit der actio de eo quod certo loco auf den Rest von 30 belangt, so beschränkt sich die Thätigkeit des Geschwornen darauf, diese 30 umzurechnen. Der Kläger kann dann nicht etwa so rechnen:

---

[25]) § 5 J. de fidej. 3, 20.

hätte ich damals die 100 gehabt, so würde ich dafür Waaren gekauft und darauf 50 Procent verdient haben [26]), macht 150, hiervon ab 70, bleibt 80. Vielmehr muß so gerechnet werden: hätte der Kläger damals 30 gehabt, so würde er dafür Waaren gekauft, und darauf 50 Procent verdient haben, macht 45.

In dieser Stelle ist demnach keineswegs objective und subjective Mora mit einander in Gegensatz gebracht, wie Wolff [27]) meint. African führt lediglich den Gedanken aus, daß die Wirkungen einer an den Hauptschuldner gerichteten Mahnung, und überhaupt ein an den Hauptschuldner entstandener Interesseanspruch, mit der actio de eo quod certo loco nicht gegen den fidejussor zur Geltung gebracht werden könne.

Hasenbalg [28]) meint, in unserer Stelle sei folgender Fall folgendermaßen entschieden:

„Gesetzt demnach, die versprochenen 100 wären, rechtzeitig zu Capua gezahlt, dem Gläubiger 102 werth gewesen; — so wird auch dieser Betrag vom Fidejussor gefordert werden dürfen; mithin seine (ursprüngliche) Verbindlichkeit (von 100) sich durch die nur objective Mora des Hauptschuldners um 2 erweitern!"

Diese Erklärung setzt voraus, daß in dem Satze quanti ejus vel actoris interfuerit, das ejus auf den promissor bezogen wird. Das ist durchaus unstatthaft. Erst kurz vorher wird unter dem ab eo im Gegensatz zu ab ipso promissore der fidejussor begriffen, deshalb kann auch gleich darauf das ejus unmöglich anders als vom fidejussor verstanden werden.

Weiter heißt es so bei Hasenbalg:

„Der langen Rede kurzer Sinn ist der: der Jurist will zeigen, daß auch ohne eigentliche Mora (Verschulden) des Schuldners eine Erweiterung der Verbindlichkeit des Fidejussors möglich ist."

Allein der kurzen Rede langer Sinn ist vielmehr der: der Jurist will zeigen, daß auch bei eigentlicher Mora des Schuldners eine Erweiterung der Verbindlichkeit des Fidejussors nicht möglich ist.

Etwas mehr zugespitzt als der in unserm fr. 8 zu Grunde gelegte, ist schon der von Paulus in fr. 10 besprochene Fall.

---

[26]) Vgl. fr. 2, § 8, a. E. de eo quod certo loco 13, 4.

[27]) a. a. O. S. 111 fgg.

[28]) Bürgschaft, S. 257 fgg.

In fr. 8 kann man sich die Fassung der dem fidejussor vorgelegten Frage etwa so denken:

Quod a Lucio Titio Capuae mihi dari stipulatus sum, id fide tua esse jubes?

Dagegen in fr. 10 haben wir es mit einem fidejussor arbitrariae actionis nomine acceptus zu thun. Das läßt etwa auf folgende Fassung der Frage schließen:

in quantum Lucium Titium actione arbitraria condemnari oportebit, tantum fide tua esse jubes?

Die Sache liegt hier so, daß der Interesseanspruch bereits entstanden, und der Hauptschuldner mit der actio arbitraria belangt werden soll. Da tritt ein Dritter dazwischen und wendet die beabsichtigte Klage dadurch ab, daß er den Inhalt dieser Klage als Bürge auf sich nimmt.

Hier muß doch wohl die an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung auch gegen den Bürgen wirken. Dies scheint dem Blödesten einzuleuchten.

Mit nichten, sagt Paulus. Das Geld, welches durch Richterspruch möglicherweise hinzutritt, wird nicht geschuldet und bildet keinen Gegenstand der Obligation.

Wir müssen nämlich immer festhalten, daß wir es mit einer Obligation auf certa pecunia zu thun haben, die gegen jede Mahnung völlig unempfindlich ist.

Allerdings kann es sich fügen, daß diese Obligation auf dem Wege der actio de eo quod certo loco umgerechnet wird, und wenn der Geschworne dann einmal beim Umrechnen ist, muß er auch gleich das Zeitinteresse des Klägers mit berücksichtigen.

Daß es aber zu dieser Umrechnung komme, hängt doch lediglich von Thatsachen ab, die zu ändern, jeden Augenblick in der Macht des Schuldners steht.

Denn wenn jemand z. B. eine Zahlung zu Capua versprochen hat, ist Voraussetzung der actio de eo quod certo loco, daß er sich nicht zu Capua aufhält. War doch der leitende Gesichtspunkt bei Einführung dieser Klage lediglich der gewesen, dem Gläubiger zu seinem Recht zu verhelfen, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet [29]). Nun denke man

[29]) fr. 1 de eo quod certo loco 13, 4.

sich aber einmal, daß der Schuldner, welcher bisher in Rom gewohnt hatte, nach Capua übersiedelte. Was wollte hier der Gläubiger machen? Er war durch diesen Umzug des Schuldners um seine actio arbitraria und damit um seinen Interesseanspruch gebracht. Jetzt war er beschränkt auf seine condictio certi, mit der er nur das nackte Capital fordern konnte.

Deshalb sagt Paulus: adeo ut si Capuae petatur, arbitrium judicis cesset.

Vielleicht möchte man meinen, daß folgende Ausdrucksweise dem von Paulus ausgesprochenen Gedanken näher käme: Paulus schließe die actio arbitraria nicht aus, sie solle neben der condictio certi zulässig sein, nur wäre für das arbitrium judicis kein Raum.

Allein eine actio arbitraria ohne arbitrium judicis ist eben keine arbiträre Klage.

Will man sich den Gedanken des Paulus in dieser Beziehung recht concret ausmalen, so betrachte man sich einmal eine der beiden oben ausgeführten Formeln und streiche darin die Worte: quanti arbitratu tuo — dari. Dann hat man das arbitrium cessare in concreter Gestalt.

Was nach dieser Streichung übrig bleibt, ist die actio arbitraria ohne arbitrium, die dann so lautet: Si paret Nm. Nm. A°. A°. Capuae centum dare oportere, tantam pecuniam Nm. Nm. A°. A°. c. s. n. p. a.

Das ist ja aber nichts anderes, als eine condictio certi.

Um darzuthun, daß das Geld, welches möglicherweise durch Richterspruch hinzutrete, nicht mit in der Obligation enthalten sei, wählt Paulus noch ein zweites Beispiel.

Er nimmt an, daß das ursprüngliche Capital von 100 gezahlt sei. Auch in diesem Falle könne von einem arbitrium judicis keine Rede mehr sein. Denn das arbitrium ist ja immer bedingt durch eine intentio. Ist aber die Zahlung des Capitals erfolgt, so versagt die Intention, und damit auch das arbitrium.

Dagegen erhebt Paulus selber folgenden Einwand.

Man denke sich, daß der Geschworne in 120 hätte verurtheilen müssen. Dann könnte man vielleicht so sagen wollen: die Zahlung der 100 sei auf das Ganze geschehen, sowohl auf das Capital als den Schaden, centum solutis, ex universitate tam ex sorte quam ex poena solutum videri.

Dies ergibt folgende Ansätze:

$$120 : 100 = 100 : x$$

$$120 : 100 = 20 : y.$$

Demgemäß beläuft sich der gemachte Capitalabtrag x auf $83^1/_3$ und der bezahlte Schaden y auf $16^2/_3$.

Es bleibt mithin ein Capitalrest von $16^2/_3$, wozu ein verhältnismäßiger Schadensrest von $3^1/_3$ hinzu kommt, ut supersit petitio ejus, quod excedit sortem, et accedat poena pro eadem quantitate.

Das heißt formell ausgedrückt: es bleibt Stoff für eine intentio zum Betrage von $16^2/_3$, dem sich ein arbitrium auf einen verhältnismäßigen Betrag anschließen kann.

Diesen Einwand widerlegt Paulus durch folgende Behauptung. Im Falle einer solchen Zahlung könne um so weniger von einer derartigen Rechnerei die Rede sein, als in der Annahme des Capitals ein Verzicht auf Schadensersatz liege.

Durch diese beiden Beispiele glaubt Paulus dargethan zu haben, daß dasjenige, was möglicherweise durch Richterspruch hinzu kommen könne, nicht in der Obligation enthalten sei.

Ist dies richtig, so folgt weiter, daß auch ein fidejussor arbitrariae actionis nomine acceptus nur für die reine Capitalschuld haftet, denn über den Inhalt der Obligation hinaus gibt es keine fidejussio.

Der Fall in unserer Stelle liegt insofern anders, wie der Fall in fr. 8, als der Bürge erst hinzutritt, nachdem die Hauptobligation bereits durch Mahnung oder sonst wie fällig geworden war. Allein wenn Paulus sogar in diesem Falle es mit dem Wesen unserer actio arbitraria für unvereinbar hält, daß die an den Hauptschuldner erfolgte Mahnung gegen den fidejussor wirke, so konnte er den von African erörterten Fall unmöglich anders entscheiden. Diese Ansicht des African erhält also an Paulus eine Stütze.

Im Einzelnen wäre zu unserer Stelle noch dies zu bemerken.

Weshalb hält Paulus das Fidejussionsverhältnis nur in Bezug auf den möglichen Zuwachs für ungültig, warum erklärt er es nicht ganz und gar für unwirksam? Denn hat sich nicht nach der Ansicht des Paulus der fidejussor für mehr verpflichtet, als den Inhalt der Obligation bildete? Und wird doch sonst eine derartige Mehrverpflichtung so betrachtet, als ob gar keine fidejussio vorliege [30]).

[30]) § 5 J. de fidej. 3, 20; fr. 8, § 7; fr. 34 de fidej. 46, 1.

Dieses Bedenken erledigt sich auf folgende Weise.

Allerdings wird der fidejussor die Absicht gehabt haben, sich auch für den etwaigen Zuwachs zu verpflichten. Diese Absicht wird durch die gewählte Form verrathen. Allein andererseits wollte er doch nur gerade so viel auf sich nehmen, als er für den Inhalt der klagbaren Hauptverpflichtung hielt. Irrte er sich in dieser Beziehung, hielt er die Verpflichtung für größer, als sie in Wirklichkeit war; so kann dieser subjective Irrthum an der Wirklichkeit nichts ändern. Nicht darauf kommt es an, wie der fragliche Fidejussionsvertrag verstanden werden **kann**, sondern wie er verstanden werden **muß**. Das letztere uns auseinanderzusetzen, dahin ging gerade das Bestreben des Paulus.

Den Ausdruck poena in unserer Stelle kann man entweder allgemein nehmen, und etwa mit „Schaden", „Nachtheil" wiedergeben. Man kann sich darunter aber auch eine Conventionalstrafe denken, wie sie z. B. in fr. 2, § 8, de eo quod certo loco, enthalten ist in den Worten: „vel poena commissa mora tua". Dann läge der Fall so, daß der Gläubiger wegen der Saumseligkeit seines Schuldners eine Conventionalstrafe von 20 verwirkt hätte. Der letzteren Erklärung möchte ich den Vorzug geben.

Auf keinen Fall darf man indes die Sache so auffassen, als ob der Schuldner unserm Gläubiger 20 versprochen hätte, unter der Voraussetzung, daß er nicht rechtzeitig erfülle. Denn dann wären die 20 ja Inhalt der Obligation gewesen. Wir sollen es hier aber gerade mit einem Zuwachs zu thun haben, der nicht schon in der Obligation enthalten, sondern durch die Machtvollkommenheit des Geschwornen sein Dasein empfängt.

Am Ausdruck sortem nimmt **Th. Mommsen** Anstoß und vermuthet statt dessen ex sorte.

Dann würde der Sinn der Worte ut supersit petitio ejus quod excedit ex sorte dieser sein: so daß eine Forderung in Bezug auf das, was vom Capitale abgeht, übrig bleibt. Dabei müßte man ergänzen: in Folge der vorgenommenen Rechnerei vom gezahlten Capitale abgeht. Wollte man nämlich ergänzen: in Folge der Zahlung; so käme ein völlig unbrauchbarer Sinn heraus. Denn nicht auf das durch Zahlung abgehende, sondern auf das nach der Zahlung übrig bleibende Capital soll sich ja die petitio erstrecken.

Auf diese Weise wird aber der Gedanke, welcher sich in den fraglichen Worten aussprechen soll, ein gar zu künstlicher.

Ich behalte das sortem der Florentiner Handschrift bei, verstehe darunter das gezahlte Capital, und nehme excedere im transitiven Sinne, wie es auch sonst in dem fraglichen Digestentitel vorkommt [31]).

Dann ist der Sinn der betreffenden Worte: so daß eine Forderung in Bezug auf das, was das gezahlte Capital überschreitet, nachbleibt.

Ich gebe zu, es bleibt eine sprachliche Härte, unter sors das gezahlte Capital zu verstehen. Allein über diese Härte hilft uns der Th. Mommsen'sche Vorschlag keineswegs hinweg. Auch trotz seiner Textänderung müssen wir sors noch ebenso verstehen.

Mein Vorschlag ist, statt quod excedit sortem zu lesen: quod excedit sortem solutam. Seine Erklärung würde dieser Ausfall von solutam in der großen äußern Aehnlichkeit mit sortem finden.

Auf einen Huschke'schen Vorschlag komme ich noch zu sprechen.

Bisher bin ich bemüht gewesen, den Ideengang, wie er uns in den beiden besprochenen Stellen entgegentrat, zu entwickeln. Dafür möge mir jetzt auch gestattet sein, den schwachen Punkt hervorzukehren, den die Schlußfolgerungen der beiden Römischen Rechtsgelehrten darbieten.

Ursprünglich wurde bei der actio de eo quod certo loco lediglich das Ortsinteresse des Beklagten berücksichtigt, d. h. die Urtheilssumme konnte unter den Nominalbetrag der Obligation und Intention herunter gehen. Quodsi rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentum est [32]).

Seit Labeo berücksichtigte man auch das Ortsinteresse des Klägers, denn darauf wird sich die Neuerung des Labeo beschränkt haben. Jetzt konnte die Urtheilssumme auch den Nominalbetrag der Obligation und Intention übersteigen, aut si actoris, majoris pecuniae fiat [33]).

So lange man hierbei stehen blieb, beschränkte sich das arbitrium judicis auf ein bloßes Umrechnen: der judex hatte, sofern es sich um Geld handelte, nur zu ermitteln, wie viel eine Summe, zahlbar an einem Orte, an einem andern werth sei.

Recht anschaulich beschreibt uns Gajus diese Thätigkeit des Römischen Geschwornen in fr. 3 de eo quod certo loco.

Und von diesem Standpunkte aus hat African. vollständig Recht, wenn er in d. fr. 8 den mit unserer actio arbitraria verfolgten

[31]) fr. 2, § 8, de eo quod certo loco, 13, 4.

[32]) fr. 2 pr. de eo quod certo loco, 13, 4.

[33]) fr. 2 pr. de eo quod certo loco, 13, 4.

Anspruch dahin bestimmt: hic autem una pecuniae creditae est, circa cujus exsecutionem aestimationis ratio arbitrio judicis committitur.

Allein die Entwicklung ging dann weiter dahin, daß man auch das Zeitinteresse des Klägers mit in Betracht zog. Hierdurch erfuhr der mit unserer actio arbitraria verfolgbare Anspruch eine völlige Umgestaltung: er trat damit in die Reihe der auf's Interesse angelegten Obligationen.

Das arbitrium des Römischen Geschwornen beschränkte sich jetzt nicht mehr auf eine bloße Umrechnung: quanti arbitratu tuo interfuerit eam pecuniam Capuae potius quam Romae dari. Seine Thätigkeit war jetzt in einer Weise erweitert, wie wenn er folgende Instruction erhalten hätte: quanti arbitratu tuo interfuerit eam pecuniam Capuae potius quam Romae dari, nec moram factam esse.

Der Fehler in den Entscheidungen des African und Paulus liegt nun darin: daß sie einerseits das Zeitinteresse des Klägers berücksichtigen, andererseits aber das arbitrium des Römischen Geschwornen so auffassen, als wenn er sich um weiter nichts, als das Ortsinteresse, zu kümmern hätte.

So sagt z. B. Paulus in d. fr. 10: „si Capuae petatur, arbitrium judicis cesset."

Dies ist ganz richtig, wenn man dies arbitrium judicis auf das Ortsinteresse beschränken will. Geht man aber davon aus, daß der Geschworne auch das Zeitinteresse in Betracht zu ziehen habe, und der Ansicht ist ja auch Paulus; so ist die Schlußfolgerung falsch. Allerdings kann in dem fraglichen Falle, wenn in Capua geklagt wird, von Berücksichtigung eines Ortsinteresse keine Rede sein; es bleibt aber noch das Zeitinteresse übrig.

Sehr treffend sagt in dieser Beziehung Ulpian:

fr. 4 pr. de eo quod certo loco, 13, 4.

> Quodsi Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit.

d. h. m. a. W.: von Ortsinteresse kann zwar keine Rede sein, wohl aber von Zeitinteresse.

Und daraus folgt, daß das arbitrium judicis nicht cessat, sondern das Zeitinteresse zu ermitteln hat.

Müssen wir aber dies anerkennen, so fällt damit die Hauptstütze für die von Paulus in d. fr. 10 abgegebene Entscheidung. Wir können dann nicht zugeben, daß die pecunia, quae ex sententia judicis accedere potest, nicht geschuldet werde. Diese pecunia wird ebenso gut geschuldet, wie anderer Zuwachs, den eine Obligation durch die Machtvollkommenheit eines Römischen Geschwornen erhalten konnte.

Wird aber diese pecunia geschuldet, so konnte sich auch ein fidejussor dafür verpflichten. Also beschränkt sich die Haftung eines fidejussor actionis arbitrariae nomine acceptus nicht auf den ursprünglichen Betrag der Obligation, sondern ergreift auch den etwaigen Zuwachs, den eine derartige Obligation bei Berücksichtigung des Zeitinteresse erhielt.

Weit schwächer ist der andere Grund, den Paulus für die Richtigkeit seiner Entscheidung geltend macht. Er meint, daß ein fidejussor arbitrariae nomine acceptus nicht für etwaigen Zuwachs hafte, ergebe sich auch daraus, daß durch eine Zahlung des Capitals der ganze Anspruch aufgehoben werde: denn wenn z. B. das Capital 100, der Zuwachs 20 betrüge, und nun hundert bezahlt würden, dürften diese gezahlten 100 auf die 100 und die 20 um so weniger verhältnismäßig vertheilt werden, als in der Annahme der 100 ein Verzicht auf die 20 liege.

Dabei übersieht Paulus, daß die Zahlung eine zweiseitige Handlung ist. Zu einer Zahlung kann es immer erst kommen, wenn der Gläubiger einwilligt. Die Frage ist gerade die: wenn ein Gläubiger, wie in diesem Falle, 100 und 20 zu fordern hat, muß er dann mit 100 zufrieden sein? oder kann er sagen, ich verlange 120? Und ist es ihm nicht etwa gestattet, die 100 unter der Voraussetzung entgegenzunehmen, daß hiermit der ganze Zuwachs bezahlt werde, und somit ein Capitalrest von 20 nachbliebe?

Ist es freilich einmal zur Zahlung der 100 gekommen, dann liegt die Sache ganz anders. Dann kann möglicherweise in Annahme dieser 100 ein Verzicht auf die 20 enthalten sein. In dieser Beziehung handelt es sich aber gar nicht mehr um eine Besonderheit unserer actio arbitraria. Diese Frage kann überall auftauchen, wo das Zeitinteresse einen accessorischen Anspruch erzeugt. Wie es sich mit dieser Frage verhält, kann hier freilich nicht näher auseinander gesetzt werden. So viel leuchtet aber schon jetzt ein, daß bei Erörterung dieses Punktes

darauf keine Rücksicht genommen werden kann, ob sich das Zeitinteresse einem durch unsere actio arbitraria verfolgbaren, oder einem sonstigen Anspruche zugesellt hat.

Ich wende mich jetzt zur Entscheidung des African.

Wenn African sagt, bei Belangung eines fidejussor müsse das Interesse von dessen Person, und nicht von der Person des Hauptschuldners aus ermittelt werden, so hat er vollkommen recht, so weit es sich um das Ortsinteresse handelt. Wenn er dann aber fortfährt, „nec oportebit, quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fidejussoris augeri“, also das Zeitinteresse gerade so behandeln will, wie das Ortsinteresse, so ist das ein Fehler. Denn seitdem man einmal angefangen hatte, bei den mit unserer actio arbitraria verfolgbaren Ansprüchen das Zeitinteresse zu berücksichtigen, lag kein Grund vor, einen hinzutretenden fidejussor hier anders zu behandeln, als bei andern auf's Interesse angelegten Obligationen.

In dieser Anschauung kann uns auch das von African gewählte Rechenexempel kaum irre machen. African meint, wenn der Gläubiger mit 100 fünfzig Procent hätte verdienen können, und eine Abschlagszahlung von 70 annehme, betrage seine Forderung nicht mehr 80, sondern nur noch 45.

Allein African bewegt sich hier in denselben Irrgängen wie Paulus. Nicht der Standpunkt der erfolgten, sondern der bevorstehenden Zahlung war einzunehmen.

Girtanner[34]) hat sich über unsere beiden Stellen in folgender Weise hinwegzusetzen versucht.

Er meint, der Grund der African'schen Entscheidung liege darin, weil die Fidejussio gefaßt war: centum quae Titium Capuae dare oportet, fide tua esse jubes? Durch diese Fassung sei als Gegenstand der Fidejussio bloß die Obligation auf centum bezeichnet, die stricti juris Natur der fidejussio habe verhindert, den späteren Zuwachs der Hauptschuld zu berücksichtigen.

Dabei scheint Girtanner nur ganz vergessen zu haben, daß es sich hier um die actio de eo quod certo loco handelt. Das Wesen dieser Klage bestand gerade darin, daß trotz der stricti juris Natur der Stipulation u. s. w. das Interesse berücksichtigt werden sollte.

---

[34]) Bürgschaft, S. 412, 413, Anm. 25.

Girtanner meint ferner, um den spätern Zuwachs mitzuumfassen, wäre die Fidejussio so abzufassen gewesen: in quantum Titium condemnari arbitrio (officio) judicis oportebit, tantum fide tua esse jubes?

Allein in dieser oder ähnlicher Weise werden wir uns jedenfalls die Fassung der fidejussio zu denken haben bei dem fidejussor arbitrariae actionis nomine acceptus, von dem Paulus im fr. Si post moram handelt. Auf der verschiedenen Fassung der fidejussio beruht ja gerade der Gegensatz dieser Stelle zum fr. Centum Capuae. Gleichwohl will auch Paulus von Berücksichtigung des späteren Zuwachses nichts wissen.

Endlich heißt es bei Girtanner:

„Daß freilich der Fidejussor selbst zur Zahlung an dem bestimmten Orte verpflichtet war, hatte dieselben Wirkungen für ihn, wie die entsprechende Verpflichtung des Hauptschuldners für diesen. Insoweit und weil dieß in der fidejussio ausgesprochen war, mußte beim arbitrium das Interesse des Gläubigers sowohl, als das des Bürgen berücksichtigt werden."

Sollen diese etwas dunklen Worte vielleicht den Sinn bergen, daß es sich mit dem Ortsinteresse anders verhalte, als mit dem Zeitinteresse, daß das Ortsinteresse wie beim Hauptschuldner so auch beim Bürgen von dessen Standpunkt aus zu ermitteln sei? Dann ist diese Bemerkung Girtanner's vollkommen richtig.

Vor Girtanner hat sich schon Huschke[35]) eingehender mit unserm fr. Si post moram beschäftigt.

Zunächst schlägt Huschke drei Textänderungen vor.

Statt quominus Capuae solveretur will er lesen: quominus centum Capuae solverentur.

Wenn dies so in den Handschriften stände, hätte ich natürlich nichts dagegen einzuwenden. Da dieses aber nicht der Fall, nöthigt doch wahrlich nichts zu einer Textänderung.

Statt „ut supersit petitio ejus, quod excedit sortem" will Huschke lesen „ejus quod excedit sortis", und begründet dies auf folgende Weise:

„Offenbar ist also zu lesen ejus, quod excedit sortis, worin man, wie in dem so häufigen quod ejus (was davon) der alten

---

[35]) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge, S. 396 fgg.

leges, sortis als von quod abhängig denken muß — eine ungewöhnliche Construction, die den Abschreiber zur Aenderung in sortem verleitete. Der absolute Ausdruck id quod excedit für das, was wir mit Einem Wort Ueberschuß, die Griechen *ὑπεροχή* nennen, und was man auch wohl beim Pfandrecht so nannte, ist bei den Römischen Juristen sehr gewöhnlich. L. 3, § 2, D. Mand. (17, 1), L. 7, § 6, D. de dolo malo (4, 3), L. 15, § 2, D. de pign. et hypoth. (20, 1). Von einer hyperocha ejus rei lesen wir auch L. 20 D. qui potior. (20, 4)."

Nun habe ich weder etwas dagegen einzuwenden, daß von quod ein Genitiv abhängen könnte, noch daß man id quod excedit mit „Ueberschuß" übersetzt. Die Frage ist nur die, welche Vorstellung hier zu Grunde liegt, ob excedere unter dieser Voraussetzung eine transitive oder intransitive Bedeutung habe.

Nimmt man excedere im intransitiven Sinne, so bedeutet id quod excedit „das, was herausgeht". Soll aber id quod excedit „Ueberschuß" bedeuten, so ist es nicht das Herausgehende, sondern das Nachbleibende. Also kann excedere nur transitiv verstanden werden. Id quod excedit ist „das, was überschreitet", nämlich die Zahlung oder dergleichen. Hat aber excedere in dieser Verbindung transitive Bedeutung, so duldet es keinen Genitiv neben sich, sondern erfordert den Accusativ. So ist denn auch Huschke den Nachweis, daß id quod excedit in dieser Weise mit dem Genitiv verbunden werden könne, schuldig geblieben. In einer der von ihm beigebrachten Stellen, nämlich fr. 15, § 2, de pign. 20, 1, steht sogar ausdrücklich ein Accusativ, priorem obligationem, daneben.

Die dritte Aenderung besteht in Einschiebung des Satzes „vel si in sortem tantum reus condemnatus sit" hinter „si Capuae petatur". Denn diesen Satz hätten noch die Basiliken. „Und woher sollten sie ihn haben, wenn nicht aus vollständigeren Manuscripten, da hier ein Zusatz aus Commentaren nicht wahrscheinlich ist?"

Die Basiliken 24, 9, § 10 lauten so:

Ἐὰν μετὰ ὑπέρθεσιν ἐγγυητὴν λάβῃ ὁ ἐπερωτήσας ἐπὶ τῆς ἀρβιτραρίας, εἰ λάβῃ τὸ κεφάλαιον, ἢ ἐναγάγῃ, ὅπου καταβληθῆναι συνέδοξεν, ἢ

Si post moram fidejussorem acceperit stipulator arbitrariae actionis nomine, si acceperit sortem, vel ibi egerit, ubi solvi placuit, vel si in sortem

ὡς[30]) μόνον τὸ κεφάλαιον ὁ ἐναγόμενος καταδικασθῇ, ἀναιρεῖται ἡ τοῦ διαφέροντος μεθοδεία. δεχόμενος γὰρ τὸ κεφάλαιον δοκεῖ συγχωρεῖν τὴν ποινήν.

tantum reus condemnatus sit, cessat petitio ejus, quod interest. Nam qui sortem accipit, poenam remittere videtur.

Vergleicht man diese Stelle aus den Basiliken mit der entsprechenden aus den Digesten, so zeigt sich sofort, daß die Basiliken die Digestenstelle sehr abgekürzt wieder geben. Es ist also an sich schon wenig wahrscheinlich, daß die Digesten hier aus den Basiliken eine Ergänzung zulassen sollten.

Und wie die Basiliken zu dem Satz gekommen sind, den Huschke eingeschoben haben will, dafür ließe sich folgende Vermuthung aufstellen.

Den Worten „ἐὰν — ἀρβιτραρίας“ entsprechen im Digestentexte „si post moram factam fidejussor acceptus sit ejus actionis nomine.“

Dem „εἰ λάβῃ — συνέδοξεν“ „sorte soluta vel si Capuae petatur.“

Darauf spricht Paulus unter anderm von judex centum et viginti condemnare debuerit und quod non puto admittendum. Nun, wenn es nicht zulässig ist, daß der Geschworne in 100 und 20 verurtheile, so muß er doch wohl in's Capital allein verurtheilen können. Und so ist in den Basiliken der in sortem tantum reus condemnatus entstanden, mit dem Huschke dann wieder die Digesten bereichern will.

Außerdem sprechen gegen die Huschke'sche Einschiebung auch noch sachliche Gründe. Diese hier näher darzulegen, halte ich indes nicht für nöthig, da die Stütze, welche die ganze Einschiebung an den Basiliken finden soll, in der That zu schwach ist.

Ueber den Sinn unserer Stelle spricht Huschke sich dann dahin aus:

„Paulus' Ansicht folgt ganz von selbst aus den beiden Sätzen, daß der fidejussor nur auf idem, was der Hauptschuldner schuldig ist, verpflichtet wird, und daß das Interesse, worauf die actio de eo quod certo loco arbitraria mehr gehen kann, ähnlich den Zinsen, welche officio judicis praestantur, nur in der Amtspflicht

---

[36]) Statt ὡς schlägt schon Fabrot εἰς vor.

des mit dieser Klage gegebenen Arbiter liegt, also erst mit dessen Ernennung für diese Klage aus der litis contestatio anfängt geschuldet zu werden."

Allein ich glaube, daß mit diesen Sätzen hier nicht viel zu machen ist. Es kann sich doch eine fidejussio auch auf das erstrecken, was zu einer Obligation officio judicis hinzu kommt.

Dies scheint Huschke denn auch selber gefühlt zu haben. Er sagt nämlich in einer Anmerkung:

„Ein Bürge kann zwar auch für eine futura obligatio gültig sich verpflichten; allein eine solche liegt hier in keiner Weise nicht vor. Wer sich für eine anzustellende Klage verbürgt, hat deren Natur als solche im Auge, so daß er das praestare in derselben auch nur als solches und in dem Verhältnis, in welchem es für den Hauptschuldner selbst zu dessen dare oportere steht, übernimmt."

Mich dünkt, hier hat Huschke sich selber widerlegt. Unser fidejussor soll die Natur der Klage als solche im Auge gehabt haben. Er hat also gedacht: die actio arbitraria ist eine Klage, mit der das Zeitinteresse geltend gemacht wird, folglich hafte ich auch für das Zeitinteresse. Er soll ferner das praestare in dem Verhältnis, in welchem es für den Hauptschuldner selbst zu dessen dare oportere stand, übernommen haben. Nun wurde ja aber gerade bei unserer actio arbitraria das dare oportere dem Hauptschuldner gegenüber ausnahmsweise so gehandhabt, daß es auch das Zeitinteresse mitumfaßte.

In früherer Zeit ist sowohl fr. Si post moram als fr. Centum Capuae vielfach besprochen worden[37]. Die erstere Stelle zählte man auch unter die leges damnatae oder cruces Ictorum. Das wundert mich keineswegs. Die nachrömische Rechtswissenschaft ging nämlich davon aus, daß alle Entscheidungen der Römischen Rechtsgelehrten nothwendig richtig sein müßten. Hier war man nun an eine verkehrte Entscheidung gerathen. Und eine Verkehrtheit als richtig zu begründen, mußte allerdings eine verwünschte Arbeit sein.

Mit mindestens ebenso viel Recht hätte übrigens fr. Si post moram Anspruch darauf gehabt, im Bunde der Damnaten Aufnahme zu finden.

Jetzt dürfte die Zahl der Stellen, welche sich unzweifelhaft auf unsere Frage beziehen, erschöpft sein. Es werden hier freilich auch noch

---

[37]) Siehe Glück, Erläuterungen, Band 13, S. 340 fgg.

andere Stellen angeführt, doch ist es von diesen theils nicht sicher, ob sie unsere Frage berühren, zum Theil das Gegentheil unzweifelhaft der Fall.

So gehört entschieden nicht hierher fr. 56, § 2, de fidej. 46, 1 [38]).

Andere Stellen wie fr. 3, de fidej. tut. 27, 7; fr. 2, § 11, 12, de adm. rer. 50, 8; c. 8 C. quod cum eo qui, 4, 26; c. 10 C. de fidej. 8, 41, reden ganz allgemein von Zinsen, ohne daß man gerade nöthig hätte, darunter Mahnungszinsen zu verstehen.

Fr. 1, § 13, Ut leg. 36, 3, handelt zwar von unserer Mahnung [39]). Die dort in Betracht gezogene stipulatio legatorum servandorum causa hat indes nicht bloß einen fidejussor, sondern auch einen Hauptschuldner zu ihrer Voraussetzung [40]). Nun läßt aber die Stelle nicht erkennen, ob die Mahnung an den fidejussor oder Hauptschuldner gerichtet war; und wenn an den letzteren, ob die Wirkungen der Mahnung auch den fidejussor treffen sollten.

So dürfte denn nichts mehr im Wege stehen, das Gesammtergebnis der unsere Frage berührenden Stellen in's Auge zu fassen.

Zunächst scheidet das Ortsinteresse gänzlich aus. Wo Ortsinteresse in Betracht kommt, gehen fidejussor und Hauptschuldner ihre selbständigen Wege.

Im übrigen gilt der Satz, daß eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung an sich auch gegen den fidejussor wirkt.

Dabei ist indes immer vorausgesetzt, daß die an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung auch wirksam sei. War dies nicht der Fall, z. B. weil der Hauptschuldner nur naturaliter schuldete, so äußerte solche Mahnung auch gegen den fidejussor keine Wirkungen, wie dies in fr. 127, V. O. 45, 1, ausdrücklich ausgesprochen ist.

Weiter greift die Regel nur unter der Voraussetzung Platz, daß die gewählte Form der fidejussio die Wirkungen der Mahnung nicht ausschließt.

In dieser Beziehung war zu beachten, daß eine stipulatio auf

---

[38]) Vgl. über diese Stelle Mommsen a. a. O. S. 278, Anm. 11, Hasenbalg a. a. O. S. 272 fgg.

[39]) Vgl. über diese Stelle Kniep, Einfluß der bedingten Novation, S. 35—39; Römer, bedingte Novation, S. 168, 169; Salkowski, Novation, S. 307, 308.

[40]) Vgl. z. B. fr. 1 pr. Ut in poss. leg. 36, 4.

certa pecunia, also auch eine fidejussio auf certa pecunia, gegen Wirkungen der Mahnung völlig unempfindlich war.

Nur wenn certa pecunia mittelst actio de eo quod certo loco geltend gemacht wurde, berücksichtigte man in späterer Zeit auch das Zeitinteresse.

Damit war gleichzeitig der Mahnung ein neues Gebiet aufgeschlossen. Und wie sie in dieser Beziehung gegen den Hauptschuldner Wirkungen äußerte, mußte diese folgerichtig auch den fidejussor treffen können.

Es fehlte indes nicht an Römischen Rechtsgelehrten, die dies verkannten, denen es nicht gelang, sich hier zu völliger Klarheit durchzuarbeiten: die einerseits zwar das Zeitinteresse bei den mit actio arbitraria verfolgbaren Ansprüchen berücksichtigten, andererseits aber wieder dem fidejussor gegenüber sich darauf beschränkten, den früheren Standpunkt festzuhalten.

Besondere Schwierigkeiten machten den Römischen Rechtsgelehrten die Mahnungszinsen.

Man möchte meinen, das Hemmnis, daß eine stipulatio auf certa pecunia keine Wirkungen der Mahnung duldete, wäre leicht zu beseitigen gewesen: man hätte ja nur nöthig gehabt, der Fidejussio eine incerte Fassung zu geben. Allein hier war noch ein anderer Punkt zu berücksichtigen. Die Mahnungszinsen beruhten auf der Machtvollkommenheit des Römischen Geschwornen, dieses erstreckte sich aber von Haus aus nicht über die gutgläubigen Obligationen hinaus. Nun war aber eine incerte Stipulation noch lange keine gutgläubige Obligation [41]).

Damit also eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung dem fidejussor gegenüber einen Anspruch auf Mahnungszinsen erzeuge, genügte der Umstand, daß er ein Nebenverpflichteter war, allein noch nicht. Denn er war doch immer nur Stipulationsschuldner, und über diese hatte der Römische Geschworne in dieser Beziehung an sich von Haus aus keine Macht.

Befugnisse, die dem Römischen Geschwornen an sich fehlten, konnten ihm aber hier durch den Willen der Vertragschließenden beigelegt werden.

Und so ist das Römische Recht zu dem Satz gelangt, daß ein fidejussor an sich noch nicht für Mahnungszinsen hafte, vielmehr ein

---

[41]) Vgl. z. B. fr. 7, § 1, de eo quod certo loco, 13, 4.

auf Uebernahme derselben gerichteter Wille besonders bekundet sein müsse. Eine derartige Bekundung erblickten sie unter anderm darin, wenn die Fidejussion in omnem causam conductionis, emti u. s. w. gefaßt war.

Wo aber derartige Schwierigkeiten nicht im Wege standen, nahmen die Römer ganz unbedenklich an, daß eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung auch gegen den Bürgen wirke. Dies gilt namentlich von der Haftung für Zufall.

In dieser Beziehung verdienen noch die Worte des Paulus in fr. 91, § 4, V. O. 45, 1, „quia in totam causam spoponderunt" unsere Beachtung.

Es handelt sich hier um eine stipulatio auf res certa, der ein fidejussor hinzugetreten war. Die einzige Wirkung der Mahnung war hier die, daß sie die Obligation perpetuirte. Nun war der Hauptschuldner gemahnt. In Folge dessen, meint Paulus, sei auch die Obligation der Fidejussoren perpetuirt, quia in totam causam spoponderunt.

Wir pflegen die Wirkung der Mahnung, um die es sich hier handelt, in der Regel dahin auszudrücken, daß der gemahnte Schuldner für Zufall hafte. Wir stellen uns also auf die Seite des Schuldners. Von diesem Gesichtspunkte aus ist der Grund des Paulus völlig unverständlich.

Die Römer stellten sich vielmehr auf die Seite des Gläubigers und sagten so: eine Obligation auf eine Sache steht und fällt mit der Sache selber. Geht die Sache unter, so geht die Obligation unter; wird die Sache kleiner, so wird die Obligation kleiner u. s. w. Eine Ausnahme von dieser Regel liegt bei der Mahnung vor. Die Mahnung macht die Obligation zu einer fortdauernden. Sie hält sie in dem Zustande fest, den sie im Augenblicke der Mahnung hatte. War also der Gegenstand der Obligation im Augenblicke der Mahnung zehn werth, so behalten wir stets eine Obligation auf zehn; mag sich nachher mit dem Gegenstande zutragen, was da wolle, mag er auch ganz zu Grunde gehen.

Bringen wir diese Vorstellung einmal bei unserm fidejussor zur Anwendung. Im Augenblicke der Mahnung ist die Sache zehn werth. Dieser Sachwerth ist gleichbedeutend mit der tota causa, dem ganzen Inhalt der Obligation. Für diesen ganzen Inhalt der Obligation haftet der fidejussor, denn er hat sich ja dafür verbürgt. Auf diesen

Betrag bleibt er aber auch verhaftet, denn daß die Obligation nicht kleiner werde, dafür hat die Mahnung gesorgt.

Man muß ja nicht glauben, daß Paulus eine besondere Fassung der Fidejussion vor Augen hatte. Man kann sich den allergewöhnlichsten Fall denken, so daß also die Frage an den Fidejussor etwa gelautet hätte: Stichum oder id fide tua esse jubes? Denn Paulus will einen allgemein durchschlagenden Grund anführen, er sagt quia, und nicht si.

Jetzt wäre der heutige Bürge zu betrachten.

Unter Bürge verstehe ich zunächst jemand, der sagt „ich verbürge mich". Das Weitere wird sich finden.

Auch beim heutigen Bürgen scheidet für unsere Frage das Ortsinteresse zunächst gänzlich aus.

Es schulde z. B. ein Berliner einem Hamburger tausend Mark Banco, zahlbar in Hamburg. Für den Berliner habe sich ein Kaufmann in Christiania verbürgt. Soll dann die Zahlung vom Berliner erzwungen werden, so ist der Cours von Berlin auf Hamburg zu Grunde zu legen, während dem Bürgen gegenüber der Cours von Christiania auf Hamburg in Betracht kommt. Der Hauptschuldner schuldet, was tausend Mark Banco in Berlin, der Bürge, was sie in Christiania kosten.

Ueber dies Ortsinteresse herrschen indes merkwürdige Ansichten.

So sagt Windscheid[42]) nach dem Vorgange Wächters[43]):

> „Es liegt auf der Hand, daß diese actio arbitraria heutzutage ohne alle Bedeutung ist. Heutzutage wird, wo auch geklagt werden mag, auf den festgesetzten Leistungsort verurtheilt, und eine Schätzung tritt nach allgemeinen Grundsätzen — und nur zu Gunsten des Gläubigers — ein, wenn der Schuldner im Verzuge, oder die Leistung unmöglich ist."

Allein wie nun, wenn es dem Gläubiger später gar nicht mehr passen sollte, daß am bedungenen Leistungsort gezahlt würde? Oder wenn es in unserm Beispiele wegen der tausend Mark Banco zur Execution käme? In beiden Fällen muß doch das Ortsinteresse berücksichtigt werden. Und die allgemeinen Grundsätze über Ortsinteresse bestehen eben darin, daß die Preisverschiedenheit nicht bloß zu Gunsten des Gläubigers berücksichtigt wird.

---

[42]) Pandekten, Bd. II., § 282, Anm. 2.

[43]) Erörterungen, Bd. II., S. 122 fgg., Note 119.

Denn wenn im angeführten Falle Hauptschuldner oder Bürge nicht gutwillig das Banco zahlen, d. h. sich nicht um einen Banco-Wechsel bemühen und diesen an den Gläubiger indossiren, so handelt es sich um Erzwingbarkeit einer Handlung. Eine Handlung zu erzwingen, ist aber etwas langwierig. Und was helfen schließlich alle Ungehorsamsstrafen, wenn der Schuldner die Handlung durchaus nicht vornehmen will. Hier ist es also weit einfacher, der Gläubiger liquidirt gleich von Anfang an seine Forderung in Geld, und läßt dann diese Geldforderung executivisch beitreiben, wozu er durchaus berechtigt ist[44]).

Auch bei Mommsen[45]) findet sich folgende seltsame Aeußerung:

„Auffallend ist nur, daß nach mehreren Stellen bei der actio arbitraria de eo quod certo loco in Ansehung des Ortes nicht nur das Interesse des Klägers, sondern auch das Interesse des Beklagten berücksichtigt werden soll."

Mich dünkt, die Stellen, welche Mommsen im Sinne hat, verrathen weit mehr Verständnis vom Ortsinteresse, als seine Aeußerung. Auch heutzutage gibt es nicht bloß steigende, sondern ebenso gut fallende Course. Und wenn z. B. Banco heute in Berlin 151, morgen dagegen 152 kostet, so ist diese Coursveränderung zum Nachtheil des Schuldners, der Banco braucht, während ein Rückgehen des Courses von 152 auf 151 sein Vortheil gewesen wäre.

Von dem Formalismus, wie wir ihn bei der actio de eo quod certo loco antreffen, kann heutzutage keine Rede mehr sein. Die Sache selber, das Ortsinteresse, ist nicht geschwunden, und wird nicht schwinden. Dasselbe hat sich sogar heutzutage viel feiner entwickelt, als bei den Römern.

Nicht darauf ist der entscheidende Nachdruck zu legen, auf welchen Ort der heutige Richter verurtheilt, bezw. verurtheilen kann; sondern darauf, daß auch heutzutage Obligationen oft an einem andern Orte erfüllt werden, als wo sie es eigentlich sollten. Und so lange dies geschieht, wird es auch heutzutage ein Ortsinteresse geben.

Das Ortsinteresse ist also beim heutigen Bürgen ebenso wie beim Römischen fidejussor stets von dessen Standpunkt aus festzusetzen.

Im übrigen muß man so sagen: die Absicht des heutigen Bürgen ist, eine Nebenverpflichtung einzugehen. In dieser Beziehung gleicht er dem Römischen fidejussor.

---

[44]) Wetzell, Civilproceß, § 50 a. E.

[45]) Interesse, S. 211, Anm. 20.

Wer eine Nebenverpflichtung eingeht, sagt damit, daß das Schicksal der Hauptverpflichtung auf seine Verbindlichkeit Einfluß haben soll.

Darin liegt, daß eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung an sich auch die Nebenverpflichtung ergreift.

Diesen Satz hat das Römische Recht im allgemeinen auch für den fidejussor anerkannt.

Es waren hier indes zwei Hemmnisse vorhanden, die nicht zuließen, daß die Nebenverpflichtung des fidejussor sich in voller Reinheit entwickeln konnte.

Die fidejussio mußte nämlich in Stipulationsform eingegangen werden. Nun war aber einerseits eine stipulatio auf certa pecunia gegen Mahnung völlig unempfindlich, und andererseits erstreckte sich die Machtvollkommenheit des Römischen Geschwornen hinsichtlich der Mahnungszinsen von Haus aus nicht über die gutgläubigen Obligationen hinaus.

Beide Hemmnisse sind für uns verschwunden. Es steht also nichts im Wege, daß sich die Nebenverpflichtung des Bürgen heutzutage in voller Reinheit entwickele.

Dies führt zu dem Satze: die an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung wirkt an sich gegen den Bürgen.

Wir haben es hier indes nicht mit einem absoluten Rechtssatze zu thun, derselbe ist vielmehr durch den Willen der Vertragschließenden beseitigungs- bezw. abänderungsfähig.

Es kann also zwischen Gläubiger und Bürgen ausbedungen werden, daß eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung gegen ihn entweder gar nicht oder nur theilweise wirke.

So bildet sich der Satz: die an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung wirkt gegen den Bürgen, sofern nichts anders vereinbart worden.

Häufig finden sich zwar in unsern heutigen Bürgschaftsacten Clauseln, die auch ausdrücken, daß eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung gegen den Bürgen wirke. Eine ganz gewöhnliche Clausel dieser Art ist z. B., wenn der Bürge es auf sich nimmt: „für Capital, Zinsen, etwaige Schäden und Kosten haften zu wollen“.

Nöthig sind aber derartige Clauseln keineswegs.

Wenn sich z. B. jemand einfach für hundert verbürgt, so erzeugt eine Mahnung an den Hauptschuldner heutzutage ebenso gut gegen den Bürgen einen Zinsenanspruch.

Die hier behandelte Frage gehört zu den bestrittensten[45]. Der hier vertheidigten Ansicht sind unter andern Girtanner[46], Mommsen[47], Windscheid[48]. Doch ist neuerdings eine entgegengesetzte wiederum von Hasenbalg[49] aufgestellt worden.

Zunächst meint Hasenbalg, S. 266:

„Die Erwägung, welche den Gesetzgeber zu einer solchen Ausdehnung der Haftungspflicht des Fidejussors bestimmte, kann schwerlich in einem Festhaltenwollen der Anschlußnatur der Verbindlichkeit aus der fidejussio auch über den Eingehungszeitpunkt hinaus erblickt werden."

Allein wenn es unter anderm in fr. 91, § 4, V. O. 45, 1, heißt:

> „utique autem principalis debitor perpetuat obligationem"

und nachher gesagt wird:

> „accessionibus quoque suis, id est fidejussoribus, perpetuant obligationem"

so liegt darin doch ziemlich deutlich, daß gerade die Anschlußnatur für unsere Frage das Entscheidende ist.

Auch heißt es gleich darauf von einem analogen Falle, fr. 91, § 5, V. O. 45, 1:

> Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intelligens eum qui jubeat.

Für das heutige Recht kommt Hasenbalg, S. 276, zu folgendem Ergebnis:

„Der Fidejussor haftet für alle Folgen der Mora des Schuldners, ohne sie besonders übernommen zu haben, eine Ausnahme tritt allein rücksichtlich der Verzugszinsen ein!"

Ferner heißt es bei ihm S. 277:

„dahingegen aber wird er (der Gläubiger) einen höheren Betrag als 5 Procent der schuldigen Summe in Anspruch zu nehmen befugt sein."

„Es hängt die Entscheidung der Frage: ob der Fidejussor — — haftet, von dem rein äußerlichen Umstande ab, ob der Gläubiger

---

[45]) Siehe die Literatur bei Girtanner, Bürgschaft, S. 385, Anm. 16, und Hasenbalg, Bürgschaft, S. 267, Anm. 14.

[46]) Bürgschaft, S. 409—419.

[47]) a. a. O. S. 278, 279.

[48]) Pandekten, Bd. II., § 477, Anm. 26.

[49]) Bürgschaft, S. 265—280.

sein Interesse in der Form von Verzugszinsen geltend macht, oder ob er, dieser Form entsagend, seine Forderung in dem Gewande eines gewöhnlichen Entschädigungsanspruches auftreten läßt."

Wie nun aber, wenn dieser Entschädigungsanspruch auch genau fünf Procent ausmacht oder gar weniger beträgt?

Hasenbalg wird über seine eigne Ansicht sehr bedenklich. Er meint einerseits, es fehle an einem innern Grunde, daß für Zinsen etwas anders gelten solle, als von andern Wirkungen der Mahnung, und andererseits hat er doch eine Erklärung bei der Hand.

S. 277:

„dafür fehlt es an jedem innern Grunde. Zur Erklärung dieser auffallenden Erscheinung läßt sich nur anführen, daß nach der Römischen Anschauung Zinsen niemals als eine organische Entwickelung des Schuldstoffes betrachtet wurden."

Ich dächte, diese Anschauung brauchte man den Römern gar so übel nicht zu nehmen. Ich wenigstens erblicke auch weder im Capital noch den Zinsen etwas Organisches.

Was kann denn aber in aller Welt mit dieser organischen Entwickelung des Schuldstoffes für unsere Frage gewonnen sein. Hören wir Hasenbalg selber.

S. 275:

„Der Gesichtspunkt, von welchem aus man dahin gelangte, den Fidejussor nicht für die Verzugszinsen haften zu lassen, ist dann nicht der: weil die fidejussio in Stipulationsform eingegangen wurde; sondern der: weil man in Zinsen niemals eine organische Entwickelung erblickte, wie man dies z. B. rücksichtlich der Verpflichtung zu einer Surrogatleistung that, wenn der Obligationsgegenstand durch Schuld des Schuldners oder nach vorhandener Mora casuell zu Grunde gegangen war."

Also wenn ein Römer einen Sclaven, den er schuldete, todtschlug, so war dies nach Hasenbalg eine organische Entwickelung des Schuldstoffes!

Auf einer andern Stelle, S. 276, bestimmt Hasenbalg den Begriff seiner organischen Entwickelung als „Entfaltung eines an sich schon in ihr (der Hauptschuld) enthaltenen Keimes".

Also wenn ein Römer einen schuldigen Sclaven todtschlug, so war dies nur die Entwickelung eines Keimes gewesen, den seine Verbindlichkeit schon in sich getragen hatte!

Die Hauptstütze für seine Ansicht findet Hasenbalg in dem uns schon bekannten fr. Quaero von Paulus.

Hinsichtlich der Worte: „usurae enim in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficantur, quam ex officio judicis applicentur" bemerkt er S. 269:

„Der Zweifel ist demnach nicht aus dem Gegensatze zwischen Verzugszinsen und vertragsmäßigen Zinsen, sondern aus einer Meinungsverschiedenheit über den Grundtypus aller Zinsen entnommen."

Allein wenn Paulus Vertragszinsen und Mahnungszinsen ausdrücklich zu einander in Gegensatz stellt, so läßt sich wohl behaupten, er habe es nicht gethan; denn Papier ist geduldig. Hätte aber Hasenbalg versuchen wollen, seine Behauptung zu beweisen, so würde das doch wohl so leicht nicht gewesen sein.

Nachdem nun auf diese Weise Hasenbalg unsere Kenntnis des Römischen Rechts um eine neue Meinungsverschiedenheit bereichert hat, die sich unter den Römischen Rechtsgelehrten über den Grundtypus aller Zinsen entsponnen haben soll; wäre es vielleicht keine allzu unbescheidene Forderung, wenn wir von unserm fr. Quaero eine in sich harmonische Erklärung verlangten.

Statt dessen lesen wir aber bei Hasenbalg S. 270:

„So weit Paulus. Mag nun auch die Gesetzesstelle in der einen oder andern Beziehung anders verstanden werden, als oben geschehen ist, namentlich rücksichtlich der allerdings nicht sehr klar ausgedrückten Erwägung des Juristen bezüglich des aus der allgemeinen Natur der Zinsen entnommenen Einwandes, so ist doch der Grundsatz, um welchen es sich hier handelt, unumwunden anerkannt."

Also erst wird eine Behauptung, die Paulus aufgestellt hat, keck geleugnet. Darauf wird eine Meinungsverschiedenheit der Römischen Rechtsgelehrten ganz neu erfunden. Bei dieser Meinungsverschiedenheit wird auch Paulus seine Rolle zugewiesen. Und schließlich wird er wegen Unklarheit ausgescholten.

Sollte ein derartiges Verfahren nicht vielleicht den Verdacht rege machen, ob nicht die Unklarheit wo anders zu suchen sei, als gerade bei Paulus?

Es läßt sich kaum ein ärgerer Gegensatz denken, als wie er stattfindet zwischen dem wirklichen Inhalt von fr. Quaero und der Art und Weise, wie Hasenbalg damit umgeht.

Hier die Römische Gediegenheit: kein Wort zu viel, kein Wort zu wenig; eine wahre Musterentscheidung.

Und was bietet dagegen Hasenbalg?

§ 26.

Haupt- und Nebenverpflichtung. Fidejussio. Bürgschaft. In wie fern wirkt eine an den fidejussor und Bürgen gerichtete Mahnung?

Für die Frage, wie es sich nach Römischem Rechte mit der an den fidejussor gerichteten Mahnung verhalte, kommen folgende Stellen in Betracht:

fr. 32, § 5, Us. 22, 1. — Marcianus libro quarto regularum.

Item si fidejussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur.

fr. 49 pr. V. O. 45, 1. — Paulus libro trigensimo septimo ad edictum.

at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est. quae omnia et in fidejussoris persona dicuntur.

fr. 91, § 4, V. O. 45, 1. — Paulus libro septimo decimo ad Plautium.

utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat? cujus sententia vera est.

fr. 44 de operis libertorum 38, 1. — Scaevola libro quarto quaestionum.

Si libertus moram in operis fecit, fidejussor tenetur: mora fidejussoris nulla est, at in homine debito fidejussor etiam ex sua mora in obligatione retinetur.

fr. 127 V. O. 45, 1. — Scaevola libro quinto quaestionum.

esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea.

Was den Text anbetrifft, so hat in fr. 91, § 4, V. O. die Florentiner Handschrift Pomponio perpetuari placet statt perpetuare. Allein die hier von Th. Mommsen vorgenommene Aenderung ist ganz unbedenklich. Obligationen können wohl perpetuirt werden, nur nicht Schuldner; diese perpetuiren.

In sachlicher Beziehung wäre dann zunächst zu bemerken, daß sämmtliche Stellen, welche eine an den fidejussor gerichtete Mahnung für wirksam erklären, eine und dieselbe Wirkung der Mahnung, Haftung für Zufall, im Auge haben.

Die Hauptobligation ist überall eine stipulatio certae rei, und so auch die Obligation des fidejussor.

Die einzige Wirkung, welche die Mahnung hier haben konnte, war eben die, daß sie die Obligation perpetuirte.

Ebenso stand es auf diesem Gebiete mit der Contractsculpa. Die einzige Wirkung, welche die Contractsculpa hier haben konnte, war die, daß sie die Obligation perpetuirte.

In fr. 91, § 4, V. O. bezieht sich der Ausdruck perpetuare sowohl auf die Mahnung als die Contractsculpa. Ueberhaupt läßt sich bei Erörterung unserer Frage Mahnung und Contractsculpa nicht wohl von einander trennen, und deshalb will ich auch noch die Stellen hierher setzen, die sich ausschließlich auf die Contractsculpa beziehen.

fr. 38, § 4, Sol. 46, 3. — Africanus libro septimo quaestionum.

> sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occidit.

fr. 19 de dolo malo 4, 3. — Papinianus libro trigensimo septimo quaestionum.

> Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.

fr. 95, § 1, Sol. 46, 3. — Papinianus libro vicensimo octavo quaestionum.

> aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione

fidejussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.

fr. 88, V. O. 45, 1. — Paulus libro sexto ad Plautium. sed si fidejussor hominem occiderit, reus liberatur, fidejussor autem ex stipulatione conveniri potest.

Hasenbalg[1]) zieht noch fr. 49, § 1, V. O. 45, 1, hierher. In dieser Stelle handelt es sich aber nicht um eine stipulatio auf res certa, auch nicht um Perpetuirung einer Obligation, sondern ebenso wie in fr. 31 Sol. 46, 3, um einen Interesseanspruch, bezw. Verfallen einer Conventionalstrafe. Der fidejussor ist ein Schadlosbürge. Mit unserer Mahnung hat die Stelle jedenfalls nichts zu thun, denn die in Betracht gezogene Obligation ist eine auf Unterlassung gerichtete, die schon als solche außer dem Bereiche unserer Mahnung liegt.

Ueberblicken wir nun die hier angezogenen Stellen, so haben wir ein Stück Rechtsentwicklung vor uns.

Ursprünglich war die Haftung des fidejussor ein Anhängsel der Hauptobligation, mit der sie stand und fiel.

Diesen Gesichtspunkt halten noch Neratius Priscus und Julian für die Contractsculpa in fr. 19, de dolo malo fest.

Ist, sagen sie, der geschuldete Gegenstand durch Contractsculpa des fidejussor zu Grunde gegangen, so ist die Hauptschuld aufgehoben, und folgeweise auch der Bürge frei geworden.

Sie halfen hier in der Weise, daß sie eine actio de dolo zuließen.

Einen andern Weg schlug Pomponius, ein Zeitgenosse des Julian, ein.

Pomponius stellte den Satz auf, wie uns Paulus in fr. 91, § 4, V. O. mittheilt, daß ein fidejussor auch durch eine Contractsculpa so wie Nichtbeachtung einer an ihn gerichteten Mahnung seine Obligation perpetuire.

Wieder einen andern Weg ging African, ein jüngerer Zeitgenosse des Julian.

Derselbe meint in fr. 38, § 4, Sol. für den Fall der Contractsculpa, der Prätor müsse auf dem Wege der Restitution die nach Civilrecht verloren gegangene Klage wiederherstellen.

Der Gegensatz in den Ansichten des Pomponius und African ist

---

[1]) Bürgschaft, S. 284, 285.

der, daß Pomponius die Aushülfe noch im Civilrecht findet, während African glaubt, hier müsse der Prätor eingreifen.

Bei früherer Erörterung des fr. Cum filius familias V. O. sahen wir, daß ein gemahnter Vater nach Untergang der Sache nach Civilrecht mit actio de peculio nicht haftete, daß hier die herkömmliche Formel ihren Dienst versagt hätte, somit ein Einschreiten des Prätors nothwendig geworden wäre.

Und dies galt nicht bloß für unsere Mahnung. Auch wegen eignen dolus konnte der Vater mit der actio de peculio an sich selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn die Hauptobligation gutgläubiger Natur war; vielmehr bedurfte die Formel hier einen Zusatz [2]).

Darnach wird uns zwar die Ansicht des African sehr begreiflich, der beim dolus des fidejussor durch eine prätorische Klage helfen will. Wie erklärt sich aber die Ansicht des Pomponius, der anders wie bei der actio de peculio, beim fidejussor schon mit dem Civilrecht glaubt auskommen zu können? Bewegte er sich bei der actio de peculio doch selber in andern Anschauungen [3])!

Wir müssen hier wiederum beherzigen, daß die Klage gegen den Fidejussor ihre selbständige Intention hatte, was bei der actio de peculio nicht der Fall war; und um den Gedanken des Pomponius in ganzer Anschaulichkeit zu haben, noch dies hinzunehmen.

Die Mahnungszinsen gehörten, wie wir schon gesehen haben, zum Bereiche des Geschwornen. Der Prätor kümmerte sich um diesen Anspruch nicht, der Geschworne erhielt in dieser Beziehung in der Formel keine Anweisung. Der Anspruch von Mahnungszinsen übte auf die Formel, wie sie einmal feststand, keinen Einfluß.

Dagegen gab es eine Rechtsregel „in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio" [4]).

Diese Rechtsregel mußte ein Römischer Geschworner im Kopfe haben, und da anwenden, wo es angebracht war.

Ebenso wenig wie um die Mahnungszinsen kümmerte sich nun der Römische Prätor darum, ob eine Obligation perpetuirt sei oder

---

[2]) fr. 5 pr., fr. 36 de peculio 15, 1; fr. 3, § 5, Comm. 13, 6; fr. 1, § 42, Dep. 16, 3.

[3]) fr. 36 de peculio 15, 1.

[4]) fr. 24 Dep. 16, 3.

nicht. Und deshalb ist es so verkehrt von v. Savigny[5]), wenn derselbe meint, im Falle einer Mahnung hätte der Prätor mit der Formel stets eine Aenderung vorgenommen, und meinetwegen quanti res erit umgeändert in quanti res fuit. Denn dann hätte die Mahnung ja stets zur prätorischen Cognition, aber nicht zum Bereiche des Geschwornen gehört.

Wie sich aber auch um eine Perpetuirung der Obligation der Prätor nicht kümmerte, gab es auch hier eine Rechtsregel, die der Römische Geschworne auswendig wissen mußte, und die so lautete: „quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem"[6]). Und zwar umfaßte hier culpa sowohl die Contractsculpa als die Mahnung.

Wenn nun Pomponius den Satz aufstellte, daß auch die fidejussores perpetuirten, so verband er damit folgende Vorstellung. Der Römische Geschworne soll die zuletzt erwähnte Rechtsregel nicht bloß da zur Anwendung bringen, wo der Hauptschuldner, sondern auch da, wo der fidejussor eine Mahnung unbeachtet gelassen oder anderweitigen Vertragsbruch verschuldet hat.

Die Meinungsverschiedenheit, wie sie zwischen African und Pomponius bestand, kehrt auch bei andern Rechtsgelehrten wieder, ohne daß man genau sieht, welche Meinung die Oberhand gewonnen hätte.

Der Ansicht des Pomponius scheint Scävola gewesen zu sein, denn in fr. 127 V. O. nimmt er ohne weiteres an, daß der Fidejussor ex mora sua obligirt sei. Noch deutlicher dürfte aber die Anschauung des Pomponius aus fr. 44 de op. lib. durchklingen. Denn wenn es hier heißt, daß der fidejussor in Folge Nichtbeachtung einer an ihn gerichteten Mahnung in der Obligation festgehalten wird, „in obligatione retinetur"; so haben wir doch so ziemlich das perpetuare des Pomponius.

Paulus billigt die Ansicht des Pomponius ausdrücklich in fr. 91, § 4, „cujus sententia vera est"; bemerkt aber gleichzeitig, daß die Sache zweifelhaft sei, „dubium est".

Auch in fr. 88 V. O. läßt Paulus unbedenklich eine Klage ex stipulatione zu.

Beide Stellen sind aus seinem Commentar zum Plautius. In seinem Edictscommentar trug Paulus eine andere Ansicht vor. Hier

[5]) System, Band VI., S. 204 fgg.
[6]) fr. 91, § 3, V. O. 45, 1.

sagt er nämlich, beim fidejussor verhalte sich alles ebenso, wie bei der actio de peculio.

fr. 49 pr. V. O. „quae omnia et in fidejussoris persona dicuntur."

Man möchte versucht sein, an diesen Worten zu deuteln: Paulus bemerke doch nur, es werde gesagt, dicuntur, also brauche er nicht nothwendig selber dieser Ansicht gewesen zu sein.

Allein die Annahme derartiger Mentalreservationen hat stets ihr Misliches. Wenn Paulus, als er die betreffende Stelle seines Edicts-commentars niederschrieb, schon oder noch die Ansicht gehabt hätte, welche er in seinem Plautiuscommentar ausspricht, so hätte er schwerlich die fragliche Bemerkung, so wie sie dasteht, eingeschaltet.

Paulus hat also zu verschiedenen Zeiten beide Ansichten vertreten.

Ganz entschieden auf dem Standpunkt des African steht Marcian mit seiner actio utilis in fr. 32, § 5, Us.

Auch Papinian dürfte hierher zu rechnen sein.

Papinian läßt nämlich in fr. 95, § 1, Sol. die actio ex stipulatu nicht so ohne weiteres zu, sondern sagt, der fidejussor hafte hier gerade so, „quemadmodum si debitor sine herede decessisset."

Wie haftete aber der fidejussor, wenn der Hauptschuldner ohne Hinterlassung von Erben gestorben war?

In dieser Beziehung ist folgende Stelle zu beachten.

fr. 4 Qui satisdare cogantur 2, 8. — Paulus libro quarto ad edictum.

Si decesserit qui fidejussorem dederit judicio sistendi causa, non debebit praetor jubere exhibere eum, quod si ignorans jusserit exhiberi vel post decretum ejus ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio, si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit civitatem, utiliter agi potest.

Es handelt sich hier um eine Verpflichtung aus vadimonium. Der Schuldner hat versprochen, an einem bestimmten Tage vor Gericht zu erscheinen, und hierfür einen fidejussor bestellt.

Diese Verbindlichkeit ging an sich nicht auf die Erben über. Starb inzwischen der Schuldner, so bedurfte es den Erben gegenüber wieder der Eingehung eines neuen vadimonium. Demgemäß befreite an sich der Tod des Schuldners auch den fidejussor [7]).

---

[7]) Vgl. Schwanert, Naturalobligation, S. 421, Anm. 41. Glück, Erläuterungen, Band III., S. 436.

Wie nun aber, wenn der Tod des Schuldners erfolgte nach abgelaufenem Termine? Auch hier war die Verbindlichkeit aus vadimonium an sich erloschen.

Gleichwohl sollte in diesem Ausnahmefalle, trotzdem die Hauptverpflichtung aus Vadimonium, als höchstpersönliche, durch Tod des Hauptschuldners untergegangen war, der fidejussor haften.

Ist dieser Fall aber nicht sehr ähnlich dem von Papinian angezogenen? Soll doch in beiden Fällen, trotzdem die Hauptobligation durch Tod erloschen, der fidejussor in Anspruch genommen werden können.

Wenn wir nun wüßten, wie dies in dem zuletzt erwähnten Falle gemacht wurde, sollte dann nicht ein Schluß gerechtfertigt sein auf den Papinian'schen Fall?

In dieser Beziehung sagt aber Paulus ausdrücklich: utiliter agi potest. Es ist also eine actio utilis gegen den fidejussor zulässig.

Glaubt man aber das utiliter in dieser Stelle in einem allgemeinern Sinne, etwa gleichbedeutend mit „wirksam" nehmen zu müssen; so habe ich auch noch einen andern Beweis.

Es handelt sich in der fraglichen Stelle um Tod und capitis deminutio media. Nun bedarf aber die Annahme doch kaum einer weitläufigeren Begründung, daß wir uns die gegen den fidejussor zulässige Klage in beiden Fällen als gleich eingerichtet zu denken haben.

Von der Capitis Deminutio wissen wir, daß das Römische Civilrecht in derselben einen Aufhebungsgrund der Obligation erblickte [8]).

So weit es indes billig schien, griff der Prätor helfend ein. Regelmäßig bei der capitis deminutio minima, ausnahmsweise bei den deminutiones majores.

Die Hülfe geschah in Gestalt einer actio utilis, wie uns nicht bloß für die capitis deminutio minima [9]), sondern auch für die capitis deminutio media [10]) ausdrücklich bezeugt wird. Und wenn auch auf dem Wege kaiserlicher Gnade die actio directa selber wieder hergestellt werden konnte [11]), so liegt in dieser Ausnahme nur eine Bestätigung der Regel.

---

[8]) Vgl. v. Keller, Civilproceß, § 31, § 79.

[9]) Gaj. III, 84; IV, 80; fr. 2, § 1, de capite minutis 4, 5.

[10]) fr. 14, § 3, de interd. et releg. 48, 22. Vgl. Burchardi, Wiedereinsetzung, S. 268

[11]) fr. 3 de sententiam passis 48, 23.

Bei der capitis deminutio minima war die actio utilis eine fictitia, bei der capitis deminutio media wird es ebenso gewesen sein [12]). Und wenn der Hauptschuldner nach erfolgter Capitis Deminutio nur mit utilis actio belangt werden konnte, scheint es kaum denkbar zu sein, daß es sich mit einem fidejussor sollte anders verhalten haben.

Sehen wir uns nach diesen Bemerkungen einmal die Papinian'sche Stelle wieder an.

Papinian sagt, der fidejussor hafte mit actio ex stipulatu, wie wenn debitor sine herede decessit. Das heißt: wie im einen Falle, so ist auch im andern Falle diese Klage eine utilis. Und zwar kann man sie sich im einen Falle mit der Fiction: tum si Lucius Titius sine herede non decessisset, im andern Falle mit der Fiction: tum si servus Stichus non decessisset denken.

Der Gedankengang Papinian's läßt sich auch so ausdrücken: ist der versprochene Sclave vom fidejussor getödtet, so haftet derselbe gerade so mit der actio ex stipulatu, wie in einem Falle gehaftet wird, wo von Perpetuirung der Obligation keine Rede sein konnte, also mit actio utilis.

Daß dies wirklich die Ansicht Papinian's gewesen sei, findet eine Bestätigung in fr. 19 de dolo malo.

Gewöhnlich freilich sucht man über diese Stelle in der Weise hinweg zu kommen, daß man sagt: Papinian hätte sich darauf beschränkt, die Ansichten älterer Rechtsgelehrten anzuführen, ohne sie selber zu billigen.

Allein die Annahme derartiger Mentalreservationen ist immer sehr bedenklich, und jedenfalls dort unzulässig, wo noch ein anderer Ausweg möglich.

Papinian muß jedenfalls mit Julian und Neratius Priscus die actio doli für zulässig gehalten haben, denn sonst hätte er deren Ansichten so, wie geschehen, nicht anführen können.

Ich vermag auch in der That nicht einzusehen, was einer derartigen Annahme im Wege stände. Jedenfalls handelte es sich um eine Frage, wo es zweifelhaft war, ob nach Civilrecht eine andere Klage möglich sei. Ja, es war sogar der Zweifel laut geworden, ob es denn in diesem Falle überall eine andere Klage gäbe: Warum

---

12) v. Keller a. a. O. § 79.

sollte nun Papinian nicht für einen so zweifelhaften Fall die actio doli für zutreffend gehalten haben? Begegnete sich doch bei dieser Frage der größte Rechtsgelehrte seines Zeitalters mit dem größten Rechtsgelehrten einer früheren Zeit, mit Labeo[13]).

Ich gehe sogar noch weiter und behaupte: Papinian stimmte auch in der Begründung mit Neratius Priscus und Julian überein. Denn den von beiden Rechtsgelehrten angeführten Grund hat auch Papinian vom Standpunkte des Civilrechts aus für vollkommen richtig gehalten. Er ließ ja nur eine actio utilis und keine actio directa zu.

Wir dürfen nämlich nicht außer Augen lassen, daß beide von Papinian herrührende Stellen aus einem und demselben Werke entnommen sind: die zuletzt besprochene aus dem 37. Buche, die zuerst besprochene aus dem 28. Buche seiner Quästionen.

Ein Misverständnis brauchte also Papinian bei seinen Lesern um so weniger zu besorgen, als er ihnen seine Ansicht über die Statthaftigkeit einer utilis actio schon ein paar Bücher vorher auseinandergesetzt hatte.

Papinian sagt an zwei Stellen seines Werkes genau dasselbe, was sich bei Marcian in fr. 32, § 5, Us. an einer Stelle findet. Denn das non tenetur des Marcian ist nur richtig vom Standpunkte des Civilrechtes aus; der Schlußsatz „sed utilis actio in hunc dabitur" bezieht sich auf das prätorische Recht.

Freilich besteht darum doch noch immer eine Meinungsverschiedenheit zwischen Papinian und den beiden von ihm angeführten Rechtsgelehrten, denn diese werden schwerlich schon eine actio utilis für begründet gehalten haben.

Die hier erörterte Frage ist in neuerer Zeit mehrfach behandelt worden. Bekker[14]), Windscheid[15]), v. Vangerow[16]) nehmen an: die utilis actio sei die ältere Rechtsbildung, während die spätere Rechtswissenschaft selbst eine directa actio zugelassen habe.

Das ist nun jedenfalls nicht richtig. Eine actio directa gibt schon Pomponius, ein gleichaltriger Zeitgenosse des Julian; der actio utilis begegnen wir erst bei African, einem jüngeren Zeitgenossen des Julian.

---

[13]) fr. 7, § 3, de dolo malo 4, 3

[14]) Processualische Consumption S. 203 fgg.

[15]) Pandekten, Bd. II., § 477, Anm. 19.

[16]) Pandekten, Bd. III., § 578, Anm. 2.

Und wenn wir fragen, welche von beiden Auffassungen schließlich die Oberhand behalten habe, so läßt sich hierauf zwar keine ganz bestimmte Antwort geben, die Wage dürfte sich aber eher zu Gunsten der actio utilis neigen.

Denn der jüngste von allen Rechtsgelehrten, die hier in Betracht kommen, ist Marcian, der erst nach Caracalla's Tode als Schriftsteller auftrat [17]). Marcian spricht sich aber ganz entschieden für actio utilis aus.

Auch Papinian erklärt sich für dieselbe. Und dies ist um so beachtenswerther, als sein Lehrer Scävola in diesem Punkte anderer Ansicht gewesen war.

Bei Paulus finden wir beide Ansichten: die actio directa in seinem Plautiuscommentar, die actio utilis in seinem Edictscommentar.

So unbedeutend für unsere Frage würde es nun gar nicht sein, wenn wir wüßten, welches von beiden Werken Paulus zuerst geschrieben hätte.

Nun zählt zwar Fitting [18]), dem Bremer [19]) zustimmt, den Plautiuscommentar zu den früheren Schriften des Paulus, vorzugsweise deshalb, weil Scävola in zwei Stellen [20]) noster genannt wurde. Allein Th. Mommsen [21]) macht mit Recht darauf aufmerksam, wie wenig stichhaltig dieser Beweisgrund sei.

Was dann den Edictscommentar des Paulus anbetrifft, so wissen wir wenigstens so viel, daß er erst unter Elagabalus oder Alexander abgeschlossen sein wird [22]). Dies Werk scheint also zu den späteren Schriften des Paulus zu gehören.

Sonach spricht wenigstens nichts dagegen, daß Paulus in späterer Zeit die Ansicht des Pomponius verworfen, und sich zur Ansicht des African bekehrt habe.

Bekker a. a. O. hält es sogar für möglich, daß auch die von Paulus in fr. 88 V. O. genannte actio ex stipulatu eine actio utilis war. Allein die Wortfassung ist dieser Annahme keineswegs

---

[17]) Th. Mommsen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1870, Bd. 9, S. 115, Anm. 66.

[18]) Ueber das Alter der Schriften Römischer Juristen, S. 25, 47.

[19]) Die Rechtslehrer und Rechtsschulen, S. 32.

[20]) fr. 56, § 3, J. D. 23, 3; fr. 10 B. P. sec. tab. 37, 11.

[21]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Band 9, S. 115, 116.

[22]) Th. Mommsen a. a. O. S. 115.

günstig. Auch hätte Paulus unter dieser Voraussetzung ja zweimal seine Ansicht ändern müssen. Denn d. fr. 88 V. O. ist aus dem sechsten Buche seines Plautiuscommentares, und im 17. Buche desselben Werkes stimmt er dem perpetuare placet des Pomponius zu.

Der neueste Schriftsteller über diesen Gegenstand[23]) ist sogar so weit gegangen, daß er die actio utilis für das einzig Mögliche erklärt, und eine Meinungsverschiedenheit unter den Römischen Rechtsgelehrten, wie wir sie angenommen haben, leugnet.

Es heißt bei ihm:

„bei Mora des Fidejussor und demnächst erfolgendem Casus mußte es nothgedrungen zu einer neuen Obligation kommen; dann nämlich war der Hauptschuldner befreit, folgeweise auch der Fidejussor als accessorischer Schuldner; sollte er dennoch haften, so mußte eine utilis actio gegeben werden."

Bei dieser Auffassung hätten freilich die Quellenstellen nicht geringe Schwierigkeiten verursachen müssen. Sehen wir zu, wie Baron damit fertig wird.

Die beiden Stellen von Scävola werden gar nicht berücksichtigt.

Anlangend fr. 88 V. O. so meint Baron, der Ausdruck „ex stipulatione conveniri" sei nicht identisch mit „actione ex stipulatu conveniri". Die Stipulation bilde noch jetzt die entfernte Grundlage für die Verbindlichkeit des fidejussor, die causa proxima sei freilich die Tödtung. Ueber die Klage schweige Paulus gänzlich.

Das conveniri wird also gänzlich wegräsonnirt. Denn ich dächte doch, wenn jemand sagt, es könne aus einer Stipulation geklagt werden, daß damit gleichzeitig die Klage angegeben ist.

Eingehender beschäftigt sich Baron mit fr. 91, § 4, V. O., und leitet hier mit folgendem Gedanken ein:

„Könnte man die Stelle von einem sponsor oder fidepromissor verstehen, so wäre Alles in der Ordnung, denn diese können sich ja auch zuweilen verpflichten, wenn die Hauptobligation ungültig ist, also können sie auch zuweilen trotz Wegfalls der Hauptobligation verpflichtet bleiben."

Zu dem ersten „zuweilen" macht Baron die Anmerkung:

„Interdum heißt es bei Gajus III., 119."

Ich möchte indes den Leser bitten, aus dieser Stelle bei Gajus

[23]) Baron, Gesammtrechtsverhältnisse, S. 279 fgg.

nicht bloß einen abgerissenen Gedanken herauszugreifen, sondern sie vollständig zu lesen. Dann wird der Leser folgenden Inhalt finden.

Mit dem Sponsor und Fidepromissor verhalte es sich wesentlich anders, als mit dem Fidejussor. Sponsor und Fidepromissor könnten nur Verbalobligationen hinzutreten, wenn auch mitunter der Hauptschuldner nicht verpflichtet war; es hat z. B. ein Pupill ohne die auctoritas des Vormundes, oder jemand versprochen, daß nach seinem Tode geleistet werde. Zweifelhaft sei es aber, ob ein Sponsor oder Fidepromissor auch dann hafte, wenn der Hauptschuldner ein Sclave oder Peregrine war.

Der Fidejussor hingegen könne allen Obligationen hinzugefügt werden. Es komme auch gar nicht darauf an, ob die Hauptobligation eine civile oder nur eine naturale sei, so daß er sogar für einen Sclaven wirksam verpflichtet werde.

Darin liegt doch ziemlich deutlich ausgesprochen, daß der fidejussor sich auch zuweilen verpflichten kann, wenn die Hauptobligation ungültig ist. Ja, nach dem Zeugnis von Gajus, war man sogar beim fidejussor in dieser Beziehung viel unbedenklicher. Es ist also nicht wohl einzusehen, wie dann alles in der Ordnung wäre, wenn man unsere Stelle von einem sponsor oder fidepromissor verstehen könnte. Denn was in dieser Beziehung bei diesen, müßte ja um so mehr für den fidejussor gelten.

Baron wittert in unserer Stelle eine Interpellation: in dem Satze „itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum" sollen sich die Worte ipsorum oder eorum auf die Sponsoren oder Fidepromissoren beziehen, deren Obligation nach Gaj. III, 120 an sich nicht auf die Erben übergegangen sei. Bei den Erben von fidejussores, meint Baron, wäre dieser Zusatz trivial gewesen.

Allein abgesehen davon, daß ich die Trivialität eines solchen Zusatzes bei fidejussores angesichts z. B. von fr. 2, § 11, de adm. rer. 50, 8, bestreiten müßte, vermag ich nicht einzusehen, was mit einer derartigen Annahme gewonnen wäre. Denn darnach ergebe sich ja dies. Ein sponsor oder fidepromissor perpetuirt durch Nichtbeachtung einer Mahnung nicht bloß seine eigene, sondern auch die Obligation seiner Erben; dagegen ein fidejussor, dessen Verbindlichkeit schon ohnehin auf die Erben übergeht, perpetuirt durch Nichtbeachtung der Mahnung weder seine eigne, noch die Obligation seiner Erben.

Also in einem Falle hätte die Mahnung die stärkere Wirkung, und daraus folgert Baron, daß sie im andern Fall die schwächere nicht haben könne.

Dann kommt die Ansicht des Baron doch auch gar sehr in's Gedränge mit der Frage des Pomponius: quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat? Oder nimmt Baron etwa an, daß fidejussor statt sponsor et fidepromissor interpolirt sei? Dann sieht man aber wieder nicht ein, warum die Frage des Pomponius beim fidejussor nicht ebenso gut statthaft sein sollte.

Ueberhaupt kann man wohl von einem Schriftsteller, der Interpolationen annimmt, verlangen, daß er angibt, wie, wo und was interpolirt sei. Hieran läßt es Baron indes gänzlich fehlen. Auf dem gedachten Verlangen wird man aber um so mehr bestehen müssen, weil sonst jeder eine beliebige Ansicht als Römisch ausgeben, und alle Stellen, die das Gegentheil enthielten, durch die Bemerkung beseitigen könnte, daß er die fraglichen Stellen für interpolirt ansehe.

Zudem bezieht sich das ipsorum und eorum auf die Hauptschuldner, wie schon aus dem gleich darauf folgenden „accessionibus quoque suis" sich ergibt.

Ueberhaupt ist der ganze Gedankengang des Paulus dieser.

Er wirft die Frage auf, bei welchen Personen die Constitution, daß eine Obligation durch culpa des Schuldners zu einer fortdauernden gemacht werde, Platz greife.

Und zwar will er zunächst untersuchen, welche Personen die Obligation zu einer fortdauernden machen, sodann für welche sie dies thun.

Jedenfalls kann dies der Hauptschuldner, ob auch Nebenverpflichtete, ist ihm zweifelhaft.

Er billigt indes eine Ansicht des Pomponius, welcher dies auch für Nebenverpflichtete behauptet hatte.

Hierauf setzt Paulus mit itaque ein, um sich zur Beantwortung des zweiten Theiles seiner Frage zu wenden.

Diese Partikel zeigt hier nicht, wie Baron geglaubt zu haben scheint, den ursachlichen Zusammenhang an, sondern dient nur dazu, wie auch sonst[24]), einen Gedanken mit einem andern zu verknüpfen. Itaque steht für et ita.

Paulus bemerkt, daß nicht bloß die Obligation der Schuldner

---

[24]) Vgl. z. B. Gaj. I, 3,

selbst, sondern auch der Erben zu einer fortdauernden gemacht werde; ja auch für die Nebenverpflichteten sei dies der Fall.

Die Gedankenentwickelung des Paulus ist also in sich völlig abgeschlossen und harmonisch. Ich wüßte nicht, was hier interpolirt sein sollte. Höchstens könnte bei „id est fidejussoribus" hinter accessionibus etwas vorgefallen sein, indem hier sponsoribus et fidepromissoribus, die der Ausdruck accessio im Sinne des Paulus mitumfaßte, von den Compilatoren gestrichen wäre. Mit einer derartigen Annahme würde aber Baron kaum etwas genützt sein.

Jetzt will ich die Meinungsverschiedenheit unter den Römischen Rechtsgelehrten, um die es sich hier handelt, noch durch zwei Formeln anschaulich zu machen suchen.

Der geschuldete Sclave heiße Stichus, der Hauptschuldner Lucius Titius, der fidejussor sei Numerius Negidius.

Dann hat man sich die Formel gegen den fidejussor an sich so zu denken:

> Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. servum Stichum dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. condemna s. n. p. a.

Wie nun, wenn der fidejussor eine an ihn gerichtete Mahnung nicht beachtet, und darauf der Sclave gestorben war, oder wenn er ihn selbst getödtet hatte?

Dann versagt die Formel ihren Dienst, meinten Neratius Priscus und Julian. Für den Fall der Tödtung ließen sie indes eine actio de dolo zu.

Keineswegs versagt die Formel in diesem Fall ihren Dienst, meinte dagegen Pomponius, Scävola und theilweise Paulus. Der Geschworne hat hier so gut, wie anderswo, seine Rechtsregel „quoties culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem" zur Anwendung zu bringen.

Das hat denn doch wohl seine großen Bedenken, erklärten dagegen wieder African, Papinian, Marcian und theilweise Paulus. So ohne weiteres geht es mit der hergebrachten Formel nicht, der Prätor muß eine Aenderung damit vornehmen und sie so fassen:

> Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. servum Stichum dare oportere, tum si Stichus non decessisset, quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm. Nm. Ao. Ao. condemna s. n. p. a.

Wir haben es hier also mit einer rein processualischen Streitfrage unter den Römischen Rechtsgelehrten zu thun. Der Streit drehte sich näher darum: wo ist die Grenzlinie zwischen der Befugnis des Geschworenen und der Machtvollkommenheit des Römischen Prätors.

Derartiges mitzunehmen, wo man es am Wege findet, dürfte aber umsomehr geboten sein, als die Lehre vom officium judicis noch sehr im argen liegt, ja eigentlich noch gar nicht vorhanden ist.

Sämmtliche Stellen, die für unsere Frage in Betracht kommen, fassen nur eine Wirkung der Mahnung in's Auge: Haftung für Zufall. Nur bei einer Stelle hätte eine andere Wirkung der Mahnung in Betracht gezogen werden müssen, hier wird aber eine an den fidejussor gerichtete Mahnung für unwirksam erklärt. Es ist dies fr. 44 de op. lib. 38, 1, wo es heißt:

> Si libertus moram in operis fecit, fidejussor tenetur: mora fidejussoris nulla est.

Hieraus möchte man geneigt sein, den Schluß zu ziehen, daß die Römer der an den fidejussor gerichteten Mahnung nur die eine angegebene Wirkung beigelegt hätten. Allein die Stelle läßt auch eine andere Erklärung zu. Der fidejussor, um den es sich hier handelt, ist jedenfalls nur ein Schadlosbürge. Die Entscheidung würde heutzutage in einem entsprechenden Falle gerade so ausfallen müssen.

Denn wenn z. B. heutzutage sich jemand dafür verbürgte, daß ein Dienstbote zuziehe, so ist seine Meinung keineswegs, daß er ungünstigen Falls das Stiefelputzen u. s. w. statt des Dienstboten übernehmen werde; er will nur für den Schaden stehen. Eine Mahnung des Gläubigers dahin, daß der Bürge schnell die Stiefel putze, würde demnach auch heutzutage selbst da unwirksam sein, wo die Rechtswohlthat der Vorausklage dem Bürgen nicht schon gesetzlich zustehen sollte.

Auf alle Fälle muß dem Scaevola die in d. fr. 44 getroffene Entscheidung „mora fidejussoris nulla est" um so leichter geworden sein, als die Römischen Rechtsgelehrten in der hier fraglichen Beziehung erst über eine Wirkung der Mahnung nachgedacht hatten, die in diesem Falle nicht in Betracht kam [25]).

Auch bietet der Römische Formalismus bei manchen Wirkungen der Mahnung hier große Schwierigkeiten. Wie hätte z. B. aus einer

---

[25]) Vgl. c. 6 pr. C. de op. lib. 6, 3. Kuntze, Excurse S. 532.

Mahnung an den fidejussor für den Gläubiger ein Zinsenanspruch entstehen können? Die Befugnis des Geschwornen beschränkte sich in dieser Beziehung von Haus aus auf die gutgläubigen Obligationen, während die fidejussio in Stipulationsform eingegangen werden mußte. Und wenn man, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, die Befugnisse des Geschwornen da erweiterte, wo der Hauptschuldner ebenfalls für Mahnungszinsen haftete, — folgt denn daraus schon eine Erweiterung der Geschwornen-Befugnisse auch für den Fall, wo die Hauptschuld keinen Zuwachs erhielt?

Für das heutige Recht sind derartige Bedenken indes nicht vorhanden. Für das heutige Recht bildet sich demnach der Satz: daß eine an den Bürgen gerichtete Mahnung wirksam ist, ohne daß zwischen den einzelnen Wirkungen zu unterscheiden wäre [26]).

Doch müssen wir uns einen Bürgen denken, dem die Rechtswohlthat der Vorausklage nicht zusteht, der z. B. darauf verzichtet hat, wie dies ja häufig genug vorkommt.

Auch darf der Bürge kein bloßer Schadlosbürge sein [27]).

Auf den Bürgen und fidejussor bei Leistungen von marktgängigen Waaren werde ich in einem andern Zusammenhange zurückkommen [28]).

Jetzt wäre noch ein materiell-rechtliches Bedenken zu beseitigen. Das Römische Recht hat den Satz aufgestellt, daß die Lage des fidejussor nicht härter sein dürfe, als die des Hauptschuldners [29]). Wie verträgt sich hiermit der Satz, daß ein fidejussor aus eigner Mahnung hafte?

Das Römische Recht hat diese Frage nur bei einer Wirkung der Mahnung, der Haftung für Zufall, erörtert. Sehen wir zunächst einmal zu, ob ein fidejussor sich von vorneherein für zufälligen Untergang der Sache verbindlich machen konnte, der einer Stipulation hinzutrat, wo der Hauptschuldner nicht für Zufall haftete.

Zu diesem Zwecke diente den Römern die alternative Stipulation [30]).

---

[26]) Girtanner, Bürgschaft, S. 394, 395; Mommsen, a. a. O. S. 279; Hasenbalg, Bürgschaft S. 280 fgg.

[27]) Vgl. Girtanner, Bürgschaft S. 326.

[28]) Vgl. unten Band II., § 68 und 69.

[29]) fr. 8, § 7 de fidej. 46, 1.

[30]) Kniep, Einfluß der bedingten Novation, S. 44. Salkowski, Novation, S. 308, 309.

Gesetzt, der geschuldete Sclave Stichus sei zehn werth gewesen, so hätte ein fidejussor, der den Zufall übernehmen wollte, Stichus oder zehn, versprechen müssen. Nun wird aber ausdrücklich bemerkt, daß eine fidejussio dieser Art, während der Hauptschuldner einfach den Sclaven Stichus schuldete, ungültig sei [31]).

Also ein gemahnter fidejussor kann für Zufall haften, während dies beim Hauptschuldner nicht der Fall ist; dagegen kann ein fidejussor diese Haftung für Zufall nicht durch Vereinbarung übernehmen. Liegt hier nicht ein Widerspruch vor?

Allein hätte das Römische Recht den Grundsatz, daß die Lage des fidejussor unter keinen Umständen härter sein dürfe, als die des Hauptschuldners, in solcher Aengstlichkeit ausbilden wollen; so durfte es auch nie gestatten, daß der fidejussor vor dem Hauptschuldner verklagt wurde. Denn ein verklagter fidejussor ist doch schlimmer daran, als ein nicht verklagter Hauptschuldner.

Hatte aber der Gläubiger die Wahl, wen er verklagen wollte, ob fidejussor oder Hauptschuldner; so konnte man ihn in Bezug auf die Mahnuug auch nicht anders stellen.

Wie weit überhaupt die Römer davon entfernt waren, die Möglichkeit, daß der fidejussor vor dem Hauptschuldner belangt werden konnte, als etwas Härteres aufzufassen, beweist der Umstand, daß sie eine gültige fidejussio selbst da annahmen, wo der Hauptschuldner nur naturaliter verpflichtet, also gar nicht zu verklagen war [32]).

§ 27.

Haupt- und Nebenverpflichtung. Abgrenzung der Begriffe.

Im Laufe der Untersuchung ist schon mehrfach der heutige Bürge vorgekommen. Es würde hier eine Lücke bleiben, wollte ich nicht wenigstens kurz angeben, wie ich mir den heutigen Bürgen, namentlich in seinem Verhältnis zum Römischen Recht denke.

Im Römischen Recht treffen wir neben der fidejussio noch das constitutum debiti alieni an. Beide Begriffe werden von Bruns [1]) in folgender Weise auseinander gehalten:

---

[31]) fr. 8, § 8, de fidej. 46. 1.

[32]) fr. 127 V. O. 45, 1.

[1]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Band I., S. 99, 100.

„Das Wesen der fidejussio liegt darin, daß der Bürge die fremde Obligation auf seine „fides“ übernimmt, daß er also für die ganze Obligation als solche neben dem Hauptschuldner einzustehen verspricht. — — — Darum treffen ihn alle Veränderungen in der Hauptschuld in der Regel von selber mit, sowohl zu seinem Nachtheile als Vortheile, d. h. einerseits haftet er auch für culpa und mora des Hauptschuldners, andererseits kann er aber auch die erst später für den Hauptschuldner entstandenen Einreden in der Regel für sich mit geltend machen. Das Constitut ist dagegen an sich seinem alten Begriffe zufolge gar nicht eine Uebernahme einer fremden Obligation als solcher, sondern nur das Versprechen, den Inhalt einer fremden Obligation, so wie sie jetzt, d. h. zur Zeit des Constitutes, ist, zahlen zu wollen. Die späteren Veränderungen in der Obligation berühren das Constitut nicht mehr, der Constituent haftet weder für die culpa noch die mora des Hauptschuldners, er bekommt aber auch die späteren Einreden des Hauptschuldners nicht mehr.“

Die Bemerkungen Bruns' sind jedenfalls sehr treffend. Nur meine ich, hätte Bruns den ursprünglichen Schuldner im Gegensatz zum Constituenten gar nicht mehr Hauptschuldner nennen müssen. Denn auch der Constituent ist ein Hauptschuldner. Und der Gegensatz zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni läßt sich kurz so ausdrücken: im einen Falle haben wir es mit einer Nebenverpflichtung, im andern mit einer Hauptverpflichtung zu thun.

Die heutige Bürgschaft ist eine Nebenverpflichtung. Wer heutzutage sagt, „ich verbürge mich“, bekundet damit, daß er eine Nebenverpflichtung einzugehen gesonnen ist. Wollte man hieran nicht festhalten, so würde man im heutigen Recht jeden Halt verlieren.

Im ganzen und großen gelten für die heutige Bürgschaft die Grundsätze der Römischen fidejussio. Doch ist in dieser Beziehung große Vorsicht nöthig, wie wir dies bei unserer Mahnung gesehen haben.

Das constitutum debiti alieni kommt den obigen Bemerkungen zufolge für unsere Mahnung nur so wie jede andere Hauptverpflichtung in Betracht [2]). Zwar ist es zulässig, daß die Wirkungen der Mahnung auch auf den Constituenten übergehen, wenn der ursprüngliche Schuldner bereits vor Eingehung des Constituti gemahnt war [3]). Doch hat dies mit unserer Frage nichts zu thun.

[2]) Hasenbalg, Bürgschaft, S. 776.

[3]) fr. 21 pr.; fr. 23 de const. pecunia 13, 5.

Aus diesem Grunde wird man es begreiflich finden, daß ich nicht näher darauf eingehe, wie es sich mit dem constitutum debiti alieni heutzutage verhalte. Nur so viel sei bemerkt.

Mag es mit dem constitutum debiti alieni heutzutage eine Bewandtnis haben, welche es wolle: jedenfalls kann der öconomische Zweck der Bürgschaft auch heutzutage durch Eingehung einer Hauptverpflichtung erreicht werden. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn jemand einer Verpflichtung eines andern als Selbstschuldner hinzutritt, oder über den Betrag, den ein anderer schuldet, ohne damit die Verbindlichkeit des andern aufheben zu wollen, einen Wechsel ausstellt.

Wer also heutzutage einer Verbindlichkeit als Bürge hinzutritt, übernimmt eine Nebenverpflichtung; während der Selbstschuldner eine Hauptverpflichtung eingeht. Selbstschuldner ist sogar der altherkömmliche Ausdruck für „Hauptschuldner" [4]).

Nur muß man sich diese Gegensätze nicht als absolute denken. Es kann z. B. ausgemacht werden, daß auch gegen den hinzugetretenen Selbstschuldner eine an den ursprünglichen [5]) Schuldner gerichtete Mahnung wirken solle. Umgekehrt kann beredet werden, daß eine an den Hauptschuldner gerichtete Mahnung die Verpflichtung des Bürgen nicht berühren solle.

Daraus möchte man schließen wollen, daß es mit den Gegensätzen Hauptverpflichtung und Nebenverpflichtung doch wohl nicht viel auf sich habe; scheinen sie doch wieder in einander zu fließen.

Gleichwohl wird es sehr wichtig sein, daß man an diesen Gegensätzen festhält. Denn wer sagt, „ich verbürge mich", erklärt damit, daß die Schicksale, welche die Hauptverbindlichkeit treffen, auch auf seine Verpflichtung Einfluß haben sollen. Ein anderweitiger Wille muß sich entweder aus den Umständen ergeben, oder besonders bewiesen werden.

Wer dagegen einer Schuld als „Selbstschuldner" hinzutritt, erklärt damit, daß die Schicksale, welche die Hauptverbindlichkeit treffen, auf seine Verpflichtung keinen Einfluß haben sollen. Ein anderweitiger Wille muß sich entweder aus den Umständen ergeben, oder besonders bewiesen werden.

Wo die Ausdrücke „Bürge" oder „Selbstschuldner" nicht gebraucht

---

[4]) Girtanner, Bürgschaft, S. 321.

[5]) oder wenigstens als ursprünglich gedachten; denn auch einer künftigen Schuld kann ein Bürge oder Selbstschuldner hinzutreten.

sind, hat man anderweitig zu ermitteln, ob eine Haupt- oder Nebenverpflichtung beabsichtigt wurde. Verspräche z. B. jemand einem Gläubiger, auszuzahlen, was er von X zu fordern haben werde, nicht mehr und nicht weniger, so ist sein Wille entschieden der gewesen, eine Nebenverpflichtung einzugehen. Darnach ist es mir sehr zweifelhaft, ob man den bei Bruns a. a. O. S. 100 erwähnten Fall vom Standpunkte des heutigen Rechts aus als Constitut wird auffassen können.

Wesentlich anders, wie hier geschehen, wird der heutige Ausdruck „Bürgschaft" vom neuesten Schriftsteller über diesen Gegenstand aufgefaßt.

Hasenbalg sagt in dieser Beziehung in seiner Bürgschaft S. 861:

„Die Ansicht, welche hier vertreten werden soll, geht dahin: auch heutzutage noch bestehen fidejussio und const. debit. alieni neben einander: ganz so, wie im Römischen Rechte; nur mit dem einzigen Unterschiede, daß es zur Eingehung der fidejussio nicht mehr der Stipulationsform bedarf, daß sie vielmehr, ebenso wie das constitutum, durch formlose Uebereinkunft eingegangen wird."

Woran sieht man denn aber, ob heutzutage eine fidejussio oder ein constitutum debiti alieni vorliegt?

Hasenbalg S. 864:

„Wie aber hätte sich eine nach dieser Richtung hin characterisirende Bezeichnung bilden können, da man ja darüber nicht einverstanden war, ob jene beiden Institute noch neben einander vorhanden seien. Es bedurfte keiner scheidenden Benennung, wenn es überall nur noch ein Institut, die Bürgschaft des heutigen Rechtes gab.

— — — — — — — — — — — — — — — — —

So ist es denn sehr leicht erklärlich, daß es keinen deutschen Ausdruck gibt, der den Unterschied zwischen fidejussio und const. debit. alieni darstellt. Man wird an der lateinischen Bezeichnung festhalten müssen, bis eine deutsche Bezeichnungsweise sich unangefochtene Anerkennung errungen hat. Namentlich aber wird sich nicht behaupten lassen, daß der Ausdruck „Bürge" nur von dem Fidejussor gebraucht werde. Die Bezeichnung „Bürge", „Bürgschaft" wird ganz allgemein für beide Intercessionsarten benutzt; ja sie kommt selbst in der noch allgemeinern Bedeutung einer cumulativen Intercession vor."

Es ist mir nur zweifelhaft, ob die gegenwärtige Generation und

künftige Geschlechter gegen Hasenbalg sich so gefällig erzeigen, wie derselbe beansprucht, und bis auf weiteres die Lateinischen Bezeichnungen anwenden werden. Ich bin um so bedenklicher, als der Gegensatz zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni im ganzen und großen darauf beruht, daß wir es im einen Falle mit einer Hauptverpflichtung, im andern mit einer Nebenverpflichtung zu thun haben. Um aber diesen Gegensatz auszudrücken, haben wir die sehr schönen Kunstausdrücke „Bürge" und „Selbstschuldner". Und wenn der Ausdruck „Bürge" zuweilen misbräuchlich auch für Hauptverpflichtete gebraucht sein sollte, so könnte ja lieber in dieser Beziehung Wandel geschafft werden.

Ich komme wieder auf meine Frage zurück: woran sieht man, ob heutzutage eine fidejussio oder constitutum debiti alieni vorliegt?

Hasenbalg bildet zwei Gruppen. Die zweite Gruppe soll die Fälle umfassen, die äußerlich betrachtet, sowohl fidejussio als auch const. debit. alieni sein können. In Bezug auf diese Gruppe heißt es bei ihm S. 871, 872:

> „Welches Aushülfsmittel bleibt dann aber übrig? Wohl kein anderes, als die Anwendung des allgemeinen Interpretationsgrundsatzes, daß Verträge im Zweifel für den Verpflichteten ausgelegt werden sollen. Von diesem Standpunkte aus wird man sagen dürfen: der Intercedent wollte sich nur mit der geringeren Verbindlichkeit belasten; wollte sich nur in der ihm günstigeren Weise verpflichten!
> — — — — — — — — — — — — — — — — —
> Man wäge die Gunst und Ungunst in der Lage beider gegen einander ab! — — — — — — — — — — — — — — —
> Die Antwort, wie schon erwähnt, ist wohl nicht ohne Zweifel. Nach Erwägung aller Umstände möchte indessen dafür zu halten sein, daß im Allgemeinen die Lage des Constituenten günstiger ist, als die des Fidejussors."

Also dem Satze „in dubio pro reo" fallen wir schließlich in die Hände! Allein dieser Satz ist doch ein sehr bedenklicher Geselle, der Hasenbalg sofort selber bedenklich gemacht hat. Und wie kann man denn bei Eingehung der Verpflichtung schon wissen, was sich schließlich für den Betreffenden günstiger gestalten wird, ob Annahme einer fidejussio oder eines Constituts? Gesetzt, es entsteht in der Person des ursprünglich Verpflichteten eine Einrede[6]), so ist der

[6]) fr. 18. § 1, de const. pec. 13, 5.

fidejussor besser dran; gesetzt, der ursprünglich Verpflichtete leistet einer Mahnung keine Folge, so ist es besser um den Constituenten bestellt. Doch warum soll man es auch gleich von Anfang an einem Vertrage ansehen müssen, was er vorstellt? Warten wir die Ereignisse ab! Das wäre jedenfalls das Klügste, was unser Verpflichteter thun kann. Entsteht dann in der Person des ursprünglich Verpflichteten eine Einrede, so ist er selbstverständlich stets nur fidejussor gewesen. Würde dann aber sein Mitverpflichteter gemahnt, so ist es ihm im Traum nicht eingefallen, je etwas anderes, als Constituent vorstellen zu wollen.

Doch wir thun Hasenbalg am Ende Unrecht. Er will ja gar nicht jeden einzelnen Fall für sich vom Standpunkte des fraglichen Rechtssatzes aus geprüft wissen. Er betrachtet sich mehr so das Gros der Fälle. Er meint, im Allgemeinen, also in den meisten Fällen, sei die Lage des Constituenten günstiger, als die des Fidejussors.

Genau betrachtet will also der Rechtssatz „in dubio pro reo“ die Arbeit, um die es sich hier handelt, gar nicht einmal allein verrichten. Er hat sich vielmehr eine Gehülfin mitgebracht, genannt Stimmenmehrheit.

In dubio pro reo und Stimmenmehrheit! Mich dünkt, die Wissenschaft hat alle Ursache, vor solcher Genossenschaft auf ihrer Hut zu sein.

§ 28.

Correalobligationen.

Die Correalobligationen sind ein Gebiet, das sich noch in jüngster Zeit hat gefallen lassen müssen, einen Tummelplatz für sehr verschiedenartige Ansichten herzugeben [1]).

Nun will es gar das Unglück, daß, so weit uns die Correalobligationen vorzugsweise noch angehen, nämlich in Bezug auf die Frage, ob eine an einen hauptverpflichteten correus debendi, oder Correalschuldner im engern Sinne, gerichtete Mahnung gegen einen andern hauptverpflichteten correus debendi wirke, sich einander widersprechende Aussprüche der Pandekten vorhanden sind.

Unter solchen Umständen dürfte es geboten sein, daß wir uns

---

[1]) Vgl. namentlich Samhaber, zur Lehre von der Correalobligation, S. 1–82, S. 273–275; Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 293, Anm. 1.

erst unser eignes Urtheil bilden, bevor wir an die Prüfung fremder Ansichten herangehen.

Ich beschränke mich indes in dieser Beziehung nicht auf die Correalobligationen, sondern werde die Erscheinung, die sich uns hier darbietet, und von der die Correalobligationen nur einen einzelnen Anwendungsfall bilden, zunächst in ihrer Allgemeinheit betrachten.

Allgemein die Frage gestellt, haben wir uns aber zu erklären, welche Bewandtnis es mit mehreren auf eine Leistung gerichteten Verpflichtungen habe.

Und daß wir dieser Frage in dieser Allgemeinheit näher treten, scheint ein um so gerechtfertigteres Verlangen zu sein, als wir uns bereits in den letzten Paragraphen fortwährend auf diesem Gebiete bewegt haben, und man sich doch auch gern klar werden will, warum es sich eigentlich handelt.

Freilich gibt es nicht bloß in Bezug auf eine Leistung mehrere Verpflichtungen, sondern auch mehrere Berechtigungen, und so scheint der gewählte Standpunkt noch gar nicht allgemein genug zu sein.

Allein was in dieser Beziehung von den mehreren Verpflichtungen, gilt auch entsprechend von den mehreren Berechtigungen, so daß ich mich hier auf Betrachtung der einen Gattung beschränken kann.

Zwar redet man hier theilweise gar nicht einmal von mehreren Verpflichtungen, bezw. Berechtigungen, sondern von einer einheitlichen Obligation mit einer Mehrheit der subjectiven Beziehungen.

Allein das ist ein Unding. Wenn A dem X hundert verspricht, und B gleichfalls, so liegen zwei Obligationen vor, nach dem Gesetze logischer Nothwendigkeit, wenigstens so sicher, als eins und nochmals eins nicht wieder eins, sondern zwei gibt.

Andererseits spricht man zwar von einer Mehrheit von Obligationen, denkt sich diese aber als unbedingte. Das ist ebenso unrichtig. Denn so wenig wie z. B. ein mehrfaches Allein-Eigenthum an einer und derselben Sache stattfinden kann [2]), gerade so undenkbar sind mehrere unbedingte Verpflichtungen in Bezug auf eine und dieselbe Leistung.

Gehen wir von einem ganz einfachen Falle aus. A schuldet dem X hundert, B schuldet dem X hundert, X soll aber die hundert nur einmal erhalten. Sind hier die Verpflichtungen des A und B vielleicht unbedingte?

---

[2]) fr. 5, § 15, Comm. 13, 6. Windscheid, Pandekten, Bd. I., § 169 a.

Jede Verpflichtung hat nothwendig zu ihrer Voraussetzung eine entsprechende Berechtigung. Ohne solche Berechtigung ist keine Verpflichtung denkbar.

Daraus folgt, daß einer unbedingten Verpflichtung auch eine unbedingte Berechtigung entsprechen muß.

Gesetzt also, die Verpflichtung des A wäre eine unbedingte, so würde derselben in der Person des X eine unbedingte Berechtigung entsprechen; gesetzt, die Verpflichtung des B wäre eine unbedingte, so würde derselben in der Person des X eine unbedingte Berechtigung entgegenstehen.

Dann hätte man ja aber in der Person des X zwei unbedingte Berechtigungen, jede auf hundert. Also müßte X nicht hundert, sondern zweihundert zu fordern haben.

Näher betrachtet sind denn auch die Verpflichtungen des A und B gar keine unbedingte, sondern bedingte. A soll ja nicht bloß durch eigne Zahlung, sondern auch durch Zahlung des B von seiner Verpflichtung befreit werden können; und ebenso soll B nicht bloß durch eigne Zahlung, sondern auch durch Zahlung des A von seiner Verbindlichkeit befreit werden können.

Also A schuldet unter der Bedingung, daß B nicht zahlt; und B schuldet unter der Bedingung, daß A nicht zahlt.

Man wird einwenden wollen: wo bleibt denn überhaupt die unbedingte Verpflichtung? Denn auch jeder andere Schuldner schuldet ja nur unter der Bedingung, daß kein anderer zahlt.

Allerdings schuldet jeder andere Schuldner nur unter der Voraussetzung, daß kein anderer zahlt, aber wohlgemerkt f ü r i h n zahlt. Wenn dagegen in unserm Falle A zahlt, so zahlt er nicht für B, sondern für sich selber; und wenn B zahlt, so zahlt er nicht für A, sondern für sich selber.

Stellen wir uns jetzt auf den Standpunkt des Gläubigers X. In dessen Person vereinigen sich zwei bedingte Berechtigungen. Von A hat er hundert zu fordern, unter der Bedingung, daß B nicht zahlt; von B hat er hundert zu fordern, unter der Bedingung, daß A nicht zahlt.

Fassen wir dann aber die Gläubigerschaft des X in ihrer Ganzheit in's Auge, so zeigt sich, daß X auf alle Fälle seine hundert erhält, mag nun A oder B zahlen. Die Gläubigerschaft des X, in ihrer Ganzheit betrachtet, ist also eine Unbedingtheit.

Das ist nämlich gerade die merkwürdige Erscheinung, auf die wir hier stoßen. Wir haben es hier mit zwei Bedingtheiten zu thun, die aber, sofern sie in einer Person zusammentreffen, sich zu einer Unbedingtheit ergänzen.

A hat einen Grauschimmel, B hat auch einen, der liebsterwelt so aussieht. X handelt sich beide an. Betrachte ich mir nun das Vermögen des X in seinem Verhältnis zu dem des A, so ist aus dem Vermögen des A ein Grauschimmel in das Vermögen des X übergegangen. Und ebenso steht es um das Vermögen des B. Wenn dann aber X beide Grauschimmel vor seinen Wagen spannt, so fährt er mit einem Zweigespann. Das ist aber doch etwas anders, als zwei Grauschimmel in ihrer Einzelheit [3]).

Dieses Beispiel sollte beweisen, daß durch Ergänzung ein ganz neuer Begriff entstehen kann. Denn gerade so wie sich hier zwei Grauschimmel zu einem Zweigespann, so ergänzen sich in unserm Beispiel zwei Bedingtheiten zu einer Unbedingtheit.

Zu demselben Ergebnis kommt man auf andere Weise.

Wenn wir annehmen, daß X eine unbedingte Forderung auf hundert hat, so müssen wir voraussetzen, daß diese hundert auch wirklich eingehen. Denn dadurch ist am Ende jede Forderung bedingt, daß sie auch wirklich bezahlt wird.

Davon müssen wir also ausgehen, daß X auf alle Fälle seine hundert erhält.

Gesetzt nun die Wahrscheinlichkeit, daß X sein Geld von A erhielte, betrüge 37 Procent, so muß die Wahrscheinlichkeit, daß er von B sein Geld erhält, mindestens 63 Procent betragen.

Gesetzt ferner die Wahrscheinlichkeit, daß X sein Geld von B erhielte, betrüge 63 Procent, so muß die Wahrscheinlichkeit, daß er von A sein Geld erhält, mindestens 37 Procent betragen.

Zähle ich dann 63 und 37 zusammen, so gibt das hundert Procent Wahrscheinlichkeit. Hundert Procent Wahrscheinlichkeit ist aber keine Wahrscheinlichkeit mehr, sondern Gewißheit. So sind wir also auch hier durch die Ergänzung zweier Wahrscheinlichkeiten zu dem neuen Begriffe Gewißheit gelangt.

Oder kann man sich noch nicht beruhigen, so verweise ich auf die

---

[3]) § 2 J. de lege Aquilia 4, 3; fr. 22, § 1, ad legem Aquiliam 9, 2.

bedingte Novation. Auch hier haben wir es mit sich einander ergänzenden Bedingtheiten zu thun, und zwar in dreierlei Gestalt.

A schuldet dem X hundert aus einem Kaufe. X läßt sich diese 100 vom A in novirender Absicht unter der Bedingung versprechen, daß Titius Consul wird. Betrachte ich mir nun die alte Obligation aus dem Kaufe, so habe ich eine Obligation, die durch die Wahl des Titius zum Consul aufgehoben wird. Betrachte ich mir die neue Obligation aus dem Versprechen, so habe ich eine Obligation, die durch die Wahl des Titius zum Consul wirksam wird. Es liegen hier also zwei sich einander ergänzende Bedingtheiten vor.

Betrachte ich mir dann aber nicht bloß die frühere und nicht bloß die spätere Obligation, sondern das Schuldverhältnis in seiner Ganzheit, so zeigt sich, daß A auf alle Fälle dem X 100 zahlen muß, mag nun Titius Consul werden, oder nicht. Das Schuldverhältnis in seiner Ganzheit ist also ein unbedingtes. Und auch hier setzt sich die Unbedingtheit aus zwei sich einander ergänzenden Bedingtheiten zusammen.

A schuldet dem X 100 aus einem Kaufe. B expromittirt unter der Bedingung, daß Titius Consul werde. Hier sind in der Person der Schuldner zwei bedingte Verpflichtungen vorhanden, denen in der Person des Gläubigers zwei bedingte Berechtigungen entsprechen. Beide Bedingtheiten ergänzen sich aber. Betrachte ich mir daher die Gläubigerschaft in ihrer Ganzheit, so habe ich eine Unbedingtheit.

A schuldet dem X 100 aus einem Kaufe. X delegirt den A in novirender Absicht an den B, unter der Bedingung, daß Titius Consul werde. Hier sind in der Person der Gläubiger zwei bedingte Berechtigungen vorhanden, denen in der Person des Schuldners zwei bedingte Verpflichtungen entsprechen. Beide Bedingtheiten ergänzen sich aber. Betrachte ich mir daher die Schuldnerschaft in ihrer Ganzheit, so habe ich eine Unbedingtheit.

Ein weiteres Beispiel liefert endlich fr. 16 Ut leg. 36, 3.

> Si duo ejusdem nominis de legato contendunt, utrisque satisdatur: nec onerari heredem, cum possit eosdem fidejussores ad utramque stipulationem adhibere, qui et ipsi non onerantur, cum futurum sit, ut uni tenerentur,

wo wir es mit Bürgen zu thun haben, in deren Person sich zwei Bedingtheiten zur Unbedingtheit ergänzen.

Wenn also zwei oder mehrere Verpflichtungen in Bezug auf eine Leistung vorliegen, so haben wir es mit sich einander ergänzenden Bedingtheiten zu thun.

Diese sich einander ergänzenden Bedingtheiten können sowohl eine Haupt- als eine Nebenverpflichtung sein.

Diese sich einander ergänzenden Bedingtheiten können sowohl eine als mehrere Personen zu Trägern haben.

Sofern diese mehreren Verpflichtungen eine Person zu ihrem Träger haben, ergänzen sie sich zur Unbedingtheit.

Nachdem wir uns somit im allgemeinen darüber klar geworden sind, warum es sich hier eigentlich handelt, wende ich mich wieder den Correalobligationen zu.

Auch hier haben wir es mit mehreren sich auf eine Leistung beziehenden Berechtigungen, bezw. Verpflichtungen, also sich einander ergänzenden Bedingtheiten zu thun.

Soweit die mehreren Berechtigungen mehrere Personen zu Trägern haben, sind sie heutzutage nur noch als Hauptberechtigungen denkbar, da es heutzutage an einem der adstipulatio [4]) analogen Rechtsgebilde fehlt.

Für mehrere sich auf eine Leistung beziehende Verpflichtungen fanden wir bereits das Gesetz, daß eine an einen Hauptverpflichteten gerichtete Mahnung zwar wohl gegen einen Nebenverpflichteten, nicht aber an sich gegen einen Hauptverpflichteten wirke.

Da nun active Correalobligationen heutzutage nur noch als Hauptberechtigungen vorkommen können, so führt eine entsprechende Anwendung des gefundenen Gesetzes zu dem Satze, daß die Mahnung des einen Correalgläubigers für den Correalmitgläubiger an sich keine Wirkungen äußert.

Was dann die passiven Correalobligationen anbetrifft, so steht auch hier der Anwendung des bereits gefundenen Gesetzes nichts im Wege. Dies um so weniger, da wir die Richtigkeit dieses Gesetzes bereits an einzelnen Fällen der passiven Correalobligation erprobt haben. Denn die Obligation des fidejussor, mit der wir uns bereits beschäftigen mußten, zeigt in ihrem Verhältnis zur Hauptobligation alle characteristischen Eigenschaften der Correalobligation [5]). Und ganz

---

[4]) Gaj. III, 113, 114.

[5]) Windscheid, Pandekten II., § 297, Anm. 3.

dasselbe gilt von den Verbindlichkeiten der Gewalthaber, die mit den s. g. actiones adjecticiae qualitatis geltend gemacht werden [6]). Wir sahen in dieser Beziehung, daß eine an den Hauptschuldner oder Haussohn gerichtete Mahnung wohl gegen den fidejussor oder Vater, nur nicht eine an den fidejussor oder Vater gerichtete Mahnung gegen Hauptschuldner oder Haussohn wirke.

Und wenn wir nach den Gründen fragen für diese verschiedene Behandlung der Mahnung im einen und andern Fall, so verweist uns das Römische Recht ausdrücklich auf die accessorische Natur der einen Correalverpflichtung. Die Entscheidung ist also keineswegs aus der eigensten Natur der Correalobligationen geflossen.

Wenn demnach die Correalobligationen in den angegebenen Beziehungen sich einem allgemeinen Gesetze untergeordnet haben, so ist nicht einzusehen, warum dieses Gesetz nicht durchgreifend bei ihnen zur Anwendung kommen sollte.

Darnach werden wir denn sagen müssen, wenn die mehreren Correalschuldner Hauptverpflichtete sind, daß eine an den einen gerichtete Mahnung gegen den andern nicht wirke.

Es steht jedoch nichts im Wege, daß dieser Satz nicht durch den Willen der Betheiligten abgeändert werde.

Denken wir uns also A und B als Correalschuldner und X als Correalgäubiger, so kann zwischen A und X ausgemacht werden, daß eine an B gerichtete Mahnung auch gegen A wirken solle. Und auch zwischen B und X wäre eine entsprechende Verabredung möglich.

Ueberhaupt hat man sich die Haupt- und Nebenverpflichtung keineswegs als Begriffe zu denken, die sich gegenseitig ausschließen.

Dies zeigt sich schon daran, daß beide Begriffe nothwendig eine und dieselbe Leistung zu ihrer Voraussetzung haben.

Und weil beide Begriffe sich einander nicht ausschließen, können sie auch in einer und derselben Person vorkommen.

Es kann z. B. jemand einer bereits bestehenden Verpflichtung nicht bloß als Bürge oder als Selbstschuldner, sondern auch als Bürge und Selbstschuldner hinzutreten. In diesem Falle vereinigen sich in seiner Person eine Haupt- und eine Nebenverpflichtung. Dem Gläubiger steht es dann frei, einen solchen Verpflichteten zu behandeln, wie es ihn als vortheilhaftesten dünkt. Er kann ihn sowohl als Hauptverpflichteten, aber auch als Nebenverpflichteten in Anspruch nehmen.

---

[6]) Windscheid, Pandekten II., § 297, Nr. 4.

Ferner können auch mehrere Correalschuldner, die an sich Hauptverpflichtete sind, sich gegenseitig verbürgen[7]). Dann haben wir ebenfalls Haupt- und Nebenverpflichtung in einer Person vereinigt.

Für den Fall, daß die Verpflichtung des fidejussor und die Hauptverpflichtung z. B. durch Beerbung in einer Person zusammentreffen, nimmt das Römische Recht freilich an, daß die Verpflichtung des fidejussor untergehe[8]). Allein doch immer nur, soferne die Verpflichtung des fidejussor nicht wirksamer ist, als die Hauptverpflichtung[9]). Außerdem unterscheidet sich dieser Fall noch immer sehr wesentlich von dem hier betrachteten. Denn die Nebenverpflichtung, die hier mit einer Hauptverpflichtung zusammentrifft, gehört nicht zu dieser, sondern zu einer Hauptverpflichtung, die von einer andern Person getragen wird.

Faßt man jetzt alle sich hiernach ergebende Möglichkeiten zusammen, und bringt man sie mit unserer Mahnung in Berührung, so erhält man folgende Figuren.

Erste Figur.

A und B sind Hauptverpflichtete auf eine Leistung. Eine an A oder B gerichtete Mahnung wirkt nicht gegen B oder A.

Zweite Figur.

A ist Hauptverpflichteter, B ist Nebenverpflichteter. Eine an A gerichtete Mahnung wirkt gegen B, eine an B gerichtete Mahnung wirkt nicht gegen A.

Dritte Figur.

A ist Hauptverpflichteter, B ist Haupt- und Nebenverpflichteter. Eine an A gerichtete Mahnung wirkt gegen B, eine an B gerichtete Mahnung wirkt nicht gegen A.

Vierte Figur.

A ist Haupt- und Nebenverpflichteter, B ist Haupt- und Nebenverpflichteter. Eine an A gerichtete Mahnung wirkt gegen B, eine an B gerichtete Mahnung wirkt gegen A.

---

[7]) fr. 11, pr. de duobus reis 45, 2. Vgl. zu dieser Stelle v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. I., S. 268 fgg. Siebenhaar, Correalobligationen S. 38 fgg.

[8]) fr. 5, 14, 71 pr. de fidej. 46, 1; fr. 13 de duobus reis 45, 2.

[9]) fr. 21, § 2, de fidej. 46, 1; fr. 95, § 3, Sol. 46, 3.

Jetzt gehe ich zu den Stellen über, die bei dieser Gelegenheit gewöhnlich erörtert werden. Es sind ihrer drei:

fr. 173, § 2 de div. reg. jur. 50, 17. — Paulus libro VI. ad Plautium.

Unicuique sua mora nocet; quod et in duobus reis promittendi observatur.

fr, 32, § 4, Us. 22, 1. — Marcianus libro quarto regularum.

Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.

fr. 18 de duob. reis 45. 2. — Pomponius libro quinto ex Plautio.

Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet.

Von diesen Stellen wird die erste gewöhnlich misverstanden. Dieselbe sagt nämlich nur, daß einem jeden die Nichtbeachtung einer an ihn gerichteten Mahnung Schaden bringe, und daß das auch bei hauptverpflichteten Correalschuldnern gelte. Auf die Frage, ob eine an einen solchen Correalschuldner gerichtete Mahnung gegen den andern wirke, wird hier gar nicht eingegangen. Der in dieser Stelle ausgesprochene Satz erscheint vom Standpunkt des Römischen Rechts durchaus nicht trivial, wenn wir bedenken, daß es einmal zweifelhaft war, ob eine an einen Nebenverpflichteten gerichtete Mahnung überall Wirkungen äußere.

In der zweiten Stelle spricht sich Marcian sehr bestimmt dahin aus, daß eine an einen Correalschuldner gerichtete Mahnung gegen einen andern Correalschuldner nicht wirke.

In der dritten Stelle sagt Pomponius, daß das factum des einen Correalschuldners auch dem andern schade.

Der Ausdruck factum umfaßt sowohl die Mahnung als die Contractsculpa [10]). In diesem allgemeineren Sinne wird der Ausdruck hier um so mehr zu nehmen sein, als es sich um eine stipulatio auf res certa handelt, wo Mahnung und Contractsculpa dieselbe Wirkung hervorbrachten, nämlich die, daß sie die Obligation perpetuirten.

Die zweite und dritte Stelle widersprechen sich demnach. Man muß also in Bezug auf unsere Frage von beiden Stellen gänzlich

[10]) fr. 91, § 4, V. O. 45, 1; fr. 58, § 1 de fidej. 46, 1.

absehen, und sie nach allgemeinen Grundsätzen entscheiden. Dies ist von uns bereits geschehen, und zwar fiel die Entscheidung zu Gunsten des Marcian aus.

Es sind vielfache Versuche gemacht worden, den Widerspruch zwischen beiden Stellen zu beseitigen, die ich sämmtlich für mislungen halten muß.

Man ist sogar soweit gegangen, den Text der dritten Stelle für verdächtig zu erklären, und ihn deshalb zu ändern [11]), oder eine Interpolation anzunehmen [12]). Allein ich wüßte nur nicht anzugeben, was hier Verdächtiges vorliegt.

Allerdings spricht Pomponius von duobus reis promittendi factis. Statt dessen hätte er sich vielleicht entweder mit duobus reis promittendi [13]) oder duobus reis factis [14]) begnügen können. Allein das Zeitwort facere findet sich zu häufig in Verbindung mit den duo rei promittendi [15]), so daß ich in dem von Pomponius gewählten vollständigeren Ausdruck schon an sich durchaus nichts Auffallendes sehe. Dazu kommt hier, daß das Zeitwort promittere durch das danebenstehende Object, den Sclaven Stichus, schon ohnehin absorbirt wurde, für das Zeitwort facere daneben also noch ganz gute Verwendung war.

Auch die Präposition ex ist durchaus nicht ungewöhnlich gebraucht. Denn gerade so wie wir in fr. 16 de duob. reis 45, 2 die Worte „Ex duobus reis stipulandi si semel unus egeret“ zu übersetzen haben: „wenn von zweien Correalgläubigern einer einmal geklagt hat“; gerade so ist unsere Stelle dahin zu übersetzen: „das factum eines von zweien Correalschuldnern, welche denselben Stichus versprochen haben, schadet auch dem andern“.

Die bekannte Ribbentrop'sche Erklärung [16]) versteht den Ausdruck factum lediglich von Contractsculpa. Das ist durchaus willkürlich, und so wie die Stelle einmal dasteht, unzulässig. Zudem sehe ich

---

[11]) So Kuntze, Obligation, S. 155, Anm. 9; Bekker in seinem und Muther's Jahrbuch, Bd. III., S. 123 fgg.

[12]) So Fitting, die Natur der Correalobligationen, S. 81, Anm. 96, S. 241, Anm. 260.

[13]) Vgl. fr. 1, fr. 3 pr. fr. 4, fr. 10 de duob. reis 45, 2.

[14]) Vgl. fr. 3, § 1, fr. 8 eodem 45, 2.

[15]) Vgl. fr. 6 pr. fr. 9 pr. § 2, fr. 11, § 2 eodem 45, 2.

[16]) Correalobligationen S. 28 fgg.

nicht ein, was hierdurch gewonnen wird. Denn daß der eine Hauptverpflichtete für die Contractsculpa des andern Hauptverpflichteten aufkommen müsse, verträgt sich mit dem Wesen einer Hauptverpflichtung an sich ebenso wenig[17]), wie daß eine an einen Hauptverpflichteten gerichtete Mahnung gegen den andern wirke.

Wirth[18]) hat versucht, die Ribbentrop'sche Unterscheidung in folgender Weise zu halten:

„Es verstöße aber die einseitige Haftung der correi für ihre Vergehungen offenbar gegen den Vortheil, den der Gläubiger mit Recht aus der C. O. erwarten darf. Das Recht des Correalgläubigers besteht darin, daß er zu einer Obligation mehre Vertreter hat, die jeder zur Leistung des Ganzen verpflichtet sind. Dieses Recht des Gläubigers ist offenbar ein jus quaesitum. Wenn nun auch immer noch die Möglichkeit bleibt, daß es durch Zufall untergeht, z. B. durch den casuellen Untergang des zu leistenden Individuums, — das darf uns bei der Hinfälligkeit alles Irdischen nicht befremden, — so ist es doch etwas ganz Anderes, wenn einer der correi selbst den Untergang des Individuums herbeiführen und dadurch die Obligatio auf sich allein fixiren könnte. Einem solchen Unternehmen steht das jus quaesitum des Gläubigers geradezu entgegen u. s. w."

Allein Wirth dreht sich bei dieser Begründung offenbar im Zirkel. Er sagt: ein Correalschuldner hafte deshalb für die Vergehungen des andern Correalschuldners, weil dies das jus quaesitum des Gläubigers so mit sich bringe. Das heißt m. a. W.: ein Correalschuldner haftet deshalb für die Vergehungen des andern Correalschuldners, weil er dafür haftet. Und wenn Wirth a. a. O. weiter bemerkt:

„Es hieße aber doch wahrlich der Willkür Thür und Thor öffnen, wenn der insolvente Schuldner, um dem Gläubiger boshafter Weise zu schaden, durch die Vernichtung des schuldigen Gegenstandes die übrigen correi liberiren und die Obligation auf sich allein fixiren könnte."

so ist darauf zu erwidern: daß diese Befugnis nicht blos dem insol-

---

[17]) arg. fr. 9, § 1, de duob. reis 45, 2. Vgl. Bekker in seinem und Muther's Jahrbuch, Bd. III., S. 129.

[18]) Warum schadet die mora eines correus debendi nur dem, der sie verschuldet, ein sonstiges Factum aber allen? Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 39, S. 130.

venten correalen Mitschuldner, sondern jedem beliebigen Dritten zusteht; und es wäre „bei der Hinfälligkeit alles Irdischen" wahrlich nicht einzusehen, warum das eine mehr befremden sollte, als das andere.

Der neueste Schriftsteller über die Correalobligationen [19]) will unsere Stelle auf eine Pönalstipulation beziehen. Es heißt bei ihm:

„Wenn man nämlich die von Pomponius herrührende l. 18 D. de duob. reis mit der l. 12 und l. 14 D. de verb. obl. desselben Autors zusammenstellt, so überzeugt man sich, daß in diesen Gesetzen von der Pönalstipulation die Rede ist."

Mir ist diese Ueberzeugung leider nicht geworden. Denn sowohl fr. 12 V. O.[20]) als fr. 14 eodem [21]) enthalten Gedanken, die auch sonst wiederkehren, ohne daß dabei an eine Pönalstipulation gedacht ist. Ferner sind fr. 12 und 14 V. O. aus dem Sabinuscommentar des Pomponius, unsere Stelle hingegen aus dessen Plautiuscommentar. Gesetzt also, fr. 12 und 14 V. O. bezögen sich wirklich auf eine Pönalstipulation, so folgt daraus noch nicht das Mindeste für unsere Stelle. Denn daraus, daß z. B. v. Savigny in § 40 seines Besitzes vom interdictum de vi handelt, folgt doch noch nicht, daß eine beliebige Stelle seines Systems gleichfalls auf das interdictum de vi zu beziehen sei [22]).

Siebenhaar [23]) deutet noch eine andere Erklärung an: man könne die von Pomponius in unserm fr. 18 ausgesprochene Ansicht auf die perpetuatio obligationis beschränken.

Nun hat allerdings Pomponius lediglich diese Wirkung des factum im Auge. Es fehlt aber meines Erachtens an jedem innern Grunde, in dieser Beziehung für die perpetuatio obligationis etwas anderes anzunehmen, als für andere Wirkungen der Mahnung.

So kann es denn nur noch darauf ankommen, den zwischen Marcian und Pomponius bestehenden Widerspruch zu erklären.

In dieser Beziehung ist zunächst davon auszugehen, daß unter den heutigen Rechtsgelehrten über viele Fragen Meinungsverschiedenheiten bestehen, und daß es sich in Rom keineswegs anders verhalten hat.

---

[19]) Siebenhaar S. 121 fgg.

[20]) Vgl. fr. 83, § 3, V. O. 45, 1; fr. 43, § 3, Leg. II.

[21]) Vgl. fr. 72, § 2, fr. 98, § 1, fr. 137, § 3, V. O. 45, 1.

[22]) Gegen Siebenhaar erklärt sich auch Wappäus in Schletter's Jahrbüchern, Bd. 13, S. 78.

[23]) a. a. O. S. 122.

Was insonderheit den Pomponius anbetrifft, so stießen wir eben erst auf eine Stelle[24]), wo er eine Ansicht aufstellte, die spätere Römische Rechtsgelehrte verwarfen[25]).

Und schon früher sahen wir, daß über die Frage, wie die Formel gegen einen gemahnten fidejussor einzurichten sei, gerade zwischen Marcian und Pomponius Meinungsverschiedenheiten obwalteten[26]).

Wir dürfen nämlich nicht außer Acht lassen, daß zwischen Pomponius und Marcian eine ziemliche Spanne Zeit dazwischen liegt. Pomponius war ein Zeitgenosse des Hadrian, während Marcian erst nach Caracalla's Tod als Schriftsteller auftrat. Der Zeitraum, welcher beide trennt, ist also etwa so groß, wie der zwischen Thibaut's und Windscheid's ersten Pandektenauflagen.

Endlich wolle man bedenken, daß die Meinungen der Rechtsgelehrten gerade da am weitesten auseinander gehen, wo die Begriffe noch sehr im unklaren liegen. Nun befinden wir uns aber hier auf einem Gebiete, wo auch die Römischen Rechtsgelehrten von klaren Vorstellungen noch sehr weit entfernt waren.

Zum Belege für diese Behauptung soll die Stelle einer kurzen Erörterung unterzogen werden, wo Ulpian uns ex professo auseinandersetzen will, was es mit diesen Correalobligationen eigentlich für eine Bewandtnis habe.

> fr. 3, § 1, de duobus reis 45, 2. — Ulpianus libro quadragensimo septimo ad Sabinum.
>
> Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unus quisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti. et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus. utique enim cum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat.

Das Wesen zweier Correalschuldner soll also darin bestehen, daß jeder auf's Ganze hafte (in solidum sit obligatus). Das ist an

---

[24]) fr. 14 V. O. 45, 1.

[25]) Siehe die Anm. 21 angeführten Stellen.

[26]) Vgl. fr. 32, § 5, Us. 22, 1 mit fr. 91, § 4, V. O. 45, 1.

sich richtig, nur muß man diese mehreren Verpflichtungen nicht, wie hier von Ulpian geschieht, für unbedingte halten.

„possitque ab alterutro peti“ fährt Ulpian fort. Das ist ein Widerspruch zu dem unmittelbar Vorhergehenden. Denn wenn beide Correalschuldner in der That unbedingt auf's Ganze hafteten, so müßte nicht blos von einem von beiden, sondern sowohl von dem einen als dem andern das Ganze gefordert werden können.

Schließlich will uns Ulpian gar belehren, daß hier nur una obligatio vorliege. Auch das ist verkehrt und steht in directem Widerspruch zu seiner eignen Annahme, ut unus quisque eorum sit obligatus. Denn wo mehrere verpflichtet sind, bestehen auch mehrere Verpflichtungen.

Die Stelle Ulpian's enthält demnach mindestens zwei Widersprüche und zwei Verkehrtheiten.

§ 29.

Rückblick.

So haben wir uns denn sattsam mit den Personen, für und gegen welche eine Mahnung wirkt, beschäftigt.

Zunächst betrachteten wir uns den Gläubiger. Ein Gläubiger, wenn er wirksam mahnen will, muß handlungsfähig sein. Es fragte sich nur: in welchem Sinne handlungsfähig? Wir sahen, daß unter Umständen auch ein kleiner Gläubiger von sieben Jahren wirksam mahnen kann.

Ist der Gläubiger handlungsunfähig, so bedarf es zur Vornahme der Mahnung eines Vertreters.

Gläubiger oder deren Vertreter brauchen indes die Mahnung nicht selber vorzunehmen, sondern können hiermit jemand beauftragen.

Es gibt Leute, welche sich gerne um Dinge kümmern, die sie nichts angehen. Das Römische Recht nennt sie negotiorum gestores. Können diese für den Gläubiger wirksam mahnen?

Es fehlt an einem allgemeinen Rechtssatz, daß jeder in Gestalt eines negotiorum gestor sich zum Elender seiner Mitmenschen aufwerfen dürfte.

Näher berührte uns die Frage: in wie fern muß sich der Zubeklagende oder Beklagte statt des Klägers einen negotiorum gestor gefallen lassen?

Das Römische Recht hatte Fälle dieser Art, und so weit war auch eine Mahnung durch einen negotiorum gestor wirksam.

Heutzutage gibt es derartige Fälle nicht mehr, und deshalb kann auch ein negotiorum gestor statt des Gläubigers heutzutage nicht wirksam mahnen.

Der mahnende Gläubiger, beziehungsweise dessen Bevollmächtigte oder Vertreter, müssen sich auf Verlangen des Schuldners als solche ausweisen. So weit es sich um ihre Person handelt, genügt auch der schönste Paß nicht.

Sodann wandten wir uns zum Schuldner.

Auch ein Schuldner, soll er wirksam gemahnt werden, muß handlungsfähig sein. Hier ist indes Handlungsfähigkeit in einem andern Sinne zu nehmen, als beim Gläubiger; obwohl auch hier unter Umständen einem kleinen Schuldner von sieben Jahren gegenüber wirksame Mahnungen vorkommen können.

Ist der Schuldner handlungsunfähig, so bedarf es zur Anbringung der Mahnung eines Vertreters.

Wenn kein Vertreter vorhanden, so ist der Gläubiger berechtigt, bei der zuständigen Behörde dessen Bestellung zu beantragen. Die betreffende Behörde ist verpflichtet, diesem Ansuchen des Gläubigers Folge zu geben.

Während der Gläubiger berechtigt war, jemand mit Vornahme der Mahnung zu beauftragen, fehlt dem Schuldner eine dem entsprechende Befugnis. Kein Schuldner kann jemand beauftragen, eine Mahnung für ihn anzunehmen. Schon die Glosse sagte hier quod non.

Wohl aber ist es dem Schuldner gestattet, dem Publicum gegenüber eine bindende Erklärung dahin abzugeben, daß eine an einen Dritten gerichtete Mahnung gegen ihn wirke.

Ein solcher Fall liegt beim institor vor. Wer einen Institor anstellt, gibt damit dem Publicum gegenüber eine bis auf weiteres bindende Erklärung ab, daß er in einem gewissen Umfange für die Handlungen und Unterlassungen des Institors aufkommen wolle. Zu diesen Unterlassungen gehört auch die Nichtbeachtung einer an den Institor gerichteten Mahnung.

Die Frage, ob eine an einen Institor gerichtete Mahnung gegen den Principal wirke, ist im Römischen Recht nicht entschieden. Es läßt sich daher auch nicht angeben, welchen Gesichtspunkt das Römische Recht bei Beantwortung dieser Frage würde geltend gemacht haben.

Wenn ein Institor innerhalb seines Geschäftskreises contrahirt, so ist die Römische Anschauung die, daß dann zwei Verpflichtungen in Bezug auf eine Leistung vorliegen: eine des Institors und eine des Principals. Vom Römischen Standpunkte aus hätte es deshalb vielleicht nahe gelegen, auch beim Institor das Gesetz in Anwendung zu bringen, welches wir für unsere Mahnung beim Vorhandensein mehrerer Verpflichtungen in Bezug auf eine Leistung gefunden, und womit wir uns in den letzten Paragraphen beschäftigt haben. Allein meines Erachtens wäre dieser Gesichtspunkt schon für das Römische Recht nicht ausreichend gewesen; vollends für das heutige Recht ist nichts damit anzufangen. Denn heißt es z. B. Art. 52 des H. G. B.:

„Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Procurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäß der Procura oder der Vollmacht im Namen des Principals schließt, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet.

— — — — — — — — — — — — — — — — —

Zwischen dem Procuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten."

Hier entstehen also gar keine zwei Verpflichtungen, sondern nur eine. Und doch ist für das heutige Recht nicht minder wahr, wie für das Römische, daß eine an den Institor gerichtete Mahnung gegen den Principal wirke.

Was dann das berührte Gesetz anbetrifft, welches uns schließlich beschäftigte, so war es dies. Beim Vorhandensein mehrerer Verpflichtungen in Bezug auf eine Leistung wirkt eine an einen Hauptverpflichteten gerichtete Mahnung zwar gegen einen Nebenverpflichteten, aber nicht gegen einen Mithauptverpflichteten. Ebenso wirkt eine an einen Nebenverpflichteten gerichtete Mahnung zwar gegen diesen, aber nicht gegen den Hauptverpflichteten.

Dieses Gesetz beobachteten wir zunächst beim Peculium, wo sich im Laufe der Zeit die Anschauung Bahn brach, daß der Vater ein Nebenverpflichteter des Sohnes sei. Vielleicht hätte man hier auch noch auf andere Weise unserer Mahnung gerecht werden können. Denn in der Einräumung eines Peculiums an einen Haussohn lag eine Erklärung des Vaters dem Publicum gegenüber, daß und in welchem Umfange er für die Verbindlichkeiten seines Sohnes aufkommen wolle. Dies war überhaupt der Grund, weshalb man das Verhältnis des Vaters zum Sohne als eine Nebenverpflichtung auffaßte. Und vielleicht

hätte sich, was Veranlassung dieser Auffassung war, die dem Publicum gegenüber abgegebene Erklärung, direct für unsere Mahnung verwerthen lassen. Diese Auffassung ist indes von den Römern nicht beliebt, und daher auch von mir nicht weiter verfolgt worden.

Beim Vorhandensein mehrerer Hauptberechtigten in Bezug auf eine Leistung wirkt die Mahnung des einen nicht auch zu Gunsten des andern.

Zweite Abtheilung.

Angebliche Voraussetzungen in der Person des Schuldners.

§ 30.
Einleitung.

Die herrschende Ansicht geht dahin, daß die Mahnung zu ihrer Voraussetzung Verschuldung in der Person des Schuldners habe.

Verschuldung eines gemahnten Schuldners ist dann vorhanden, wenn derselbe um die Schuld weiß, beziehungsweise hätte wissen müssen, und wenn er die Mahnung unbeachtet läßt, obwohl ihm die Leistung möglich ist, oder doch möglich hätte sein müssen.

Der Begriff der Verschuldung zerlegt sich also in die beiden Begriffe: Wissen um Schuld und Möglichkeit der Leistung.

Die herrschende Ansicht verlangt also Zweierlei in der Person des Schuldners, oder müßte wenigstens folgerichtig Zweierlei verlangen:

Wissen um die Schuld,
Möglichkeit der Leistung.

Dagegen soll in dieser Abtheilung nachgewiesen werden, daß der gemahnte Schuldner sich als solcher weder auf Nichtwissen noch Unmöglichkeit berufen kann.

Jedoch müssen hier, wenn uns die einschlägigen Quellenstellen sämmtlich verständlich werden sollen, ein paar Bemerkungen aus dem Abschnitte vorweg genommen werden, welcher die Entstehungsgeschichte der Mahnung bringen wird.

Es läßt sich nämlich die Mahnung bis auf ihre ersten Anfänge verfolgen.

Ihr ursprüngliches Gebiet war die condictio auf res certa und ihre älteste[1]) Wirkung die, daß sie die Obligation perpetuirte.

Sie wurde hier gleichzeitig mit der Contractsculpa eingeführt. Uns ist in fr. 91, § 3, V. O. noch die Einführungsconstitution aufbewahrt, welche so lautet:

quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem.

Unter culpa begriff man sowohl die Contractsculpa als die Mahnung, wie aus dem weiteren Inhalt der angeführten Stelle hervorgeht.

Contractsculpa und Mahnung sind also ursprünglich Zwillingsgeschwister. Die eine hatte zu ihrer Voraussetzung culpa in faciendo[2]), die andere culpa in non faciendo, nämlich Verschuldung im Unterlassen der Erfüllung.

Die Wirkung beider war dieselbe. Beide machten die Obligation zu einer fortdauernden.

Vor dieser Constitution war das Schicksal der Condiction ganz vom Schicksal der Sache abhängig gewesen. War die Sache kleiner geworden, so war es auch die Condiction; war die Sache zu Grunde gegangen, so hatte die Condiction dasselbe Loos gehabt.

Diesen Zustand wollten die Alten ändern: in zwei Fällen, bei Contractsculpa und Mahnung, sollte die Obligation trotz Unterganges der Sache fortdauern.

Es war eine schwere Geburt, die sich hier vollzog. Es sollte eine Obligation fortdauern können, obwohl die körperlich greifbare Sache untergegangen war. War bisher Gegenstand der Obligation und körperlich greifbare Sache dasselbe gewesen, so wurden dies jetzt zwei verschiedene Begriffe.

Wie sauer den Römern diese Neuerung geworden sein mag, können wir daraus entnehmen, daß noch in späterer Zeit die Römischen Rechtsgelehrten beide Begriffe mit einander verwechselt haben[3]).

Und weil es ein so gewaltiger Fortschritt war, den hier die condictio auf res certa machte, dürfen wir uns auch darüber nicht wundern, daß die Neuerung ursprünglich an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft war. Denn culpa in dieser alten Constitution bedeutet kaum etwas anders als Dolus[4]).

---

[1]) Vgl. Ihering, das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, S. 23. Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte, S. 53.

[2]) fr. 91 pr. V. O. 45, 1.

[3]) Kniep, Einfluß der bedingten Novation, S. 58.

[4]) Dieselbe Bedeutung hat culpa z. B. auch fr. 3 Depositi 16, 3.

Also eine Mahnung war ursprünglich nur unter der Voraussetzung wirksam, daß der gemahnte Schuldner dolos handelte: er konnte recht gut leisten, wollte aber nicht.

Daß die Mahnung Verschuldung zu ihrer Voraussetzung habe, ist für diese alte Zeit noch zu wenig gesagt: Dolus war ein Erfordernis der Mahnung.

Wenn aber auch Contractsculpa und Mahnung in subjectiver Beziehung ursprünglich an gleiche Voraussetzungen geknüpft waren, so ist dies im Laufe der Zeit doch anders geworden.

Denn wie es wohl zu geschehen pflegt, daß Zwillingsschwestern sich verschieden entwickeln, so ist es auch hier gegangen.

Die Mahnung lenkte in Bahnen ein, wohin die Contractsculpa nicht zu folgen vermochte.

Etwa zu Anfang der Kaiserzeit bildete sich der Rechtssatz: daß anlangend Zinsen die Befugnis des Geschwornen bei gutgläubigen Obligationen gerade so viel vermöge, wie bündig abgeschlossener Vertrag [5]).

Dieser Grundgedanke zog auch unsere Mahnung an sich. Sie bildete den Schlußstein dieser auf aequitas ruhenden Rechtsbildung.

Damit war aber die Mahnung auf ein Gebiet verpflanzt, wo regelmäßig von Verschuldung [6]) keine Rede sein kann; und so findet sich denn auch keine Spur, daß der Zinsenanspruch, den die Mahnung bei Geldschulden erzeuge, auf Seiten des Schuldners Verschuldung zu seiner Voraussetzung habe.

Allerdings war vor der Constitution in fr. 91, § 3, V. O. auch die condictio auf res certa ein Gebiet, wo es keine Verschuldung gab. Aber hier stand die Sache wesentlich anders. Hier gab es deshalb keine Verschuldung, weil verschuldeter wie nichtverschuldeter Untergang der Sache gleichmäßig die Obligation aufhoben. Hieran änderte nun die bekannte Constitution, indem sie den Begriff Verschuldung, oder richtiger Dolus, hier neu einführte.

Dagegen bei Obligationen auf Geld hatten die Römer deshalb den Begriff Verschuldung im allgemeinen nicht, weil der Schuldner sich auf Unmög-

---

5) Vgl. vorläufig Noodt de foenore et usuris Lib. III, c. 6; Lib. I, cap. 5 und Kuntze, Excurse, S. 467, 468.

6) Eine Ausnahme enthält z. B. c. un. § 7 C. de rei ux. act. 5, 13; „in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest — — si non dolo malo versatus est.“ Gewöhnlich freilich pflegt man diesen Fall der Contractsculpa gänzlich zu übersehen, oder doch nicht hinlänglich hervorzuheben.

lichkeit der Leistung regelmäßig gar nicht sollte berufen dürfen. Hat sich hieran etwas geändert, als die Mahnung auf dies Gebiet verpflanzt wurde, als die Mahnung für fähig erklärt wurde, hier einen Zinsenanspruch zu erzeugen?

Denkbar wäre dies ja gewesen. Dann hätte es aber ausgedrückt werden müssen. Von selber versteht sich dies um so weniger, als eine derartige Rechtsbildung eine ziemliche Ungereimtheit in sich geschlossen hätte.

Man bedenke doch einmal, was das heißen würde, wenn die Mahnung bei Geldschulden Verschuldung zu ihrer Voraussetzung hätte. Das Recht würde gewissermaßen mit sich selber in Widerspruch gerathen. Einerseits würde es sagen: bei einer Geldschuld kommt es gar nicht darauf an, ob dem Schuldner die Leistung möglich ist. Ein Gläubiger, der mahnt, ist also trotz Unmöglichkeit der Leistung vollkommen in seinem Recht. Der gemahnte Schuldner muß erfüllen. Auch ist es richtig, daß eine Mahnung bei Geldschulden einen Zinsenanspruch erzeugt. Aber nicht dann, wenn der Gläubiger zum Fordern berechtigt, und der Schuldner zum Erfüllen verpflichtet ist. Dieser Punkt hat vielmehr wieder seine besondere Wissenschaft. Der arme Schelm! Er hatte wohl viele Krankheitsfälle in seiner Familie, die Wochenbette folgten wohl gar zu schnell auf einander. Das hat seine Baarschaft aufgezehrt. Mit den Zinsen dürfen wir es daher so genau nicht nehmen. Beschränken wir uns also darauf, ihn wegen der Hauptschuld und Kosten — auspfänden zu lassen!

So hartherzig demnach das Recht in der Hauptsache, so schwachnervig wäre es in Bezug auf den Nebenpunkt.

Daß aber im Laufe der Zeit mit der Mahnung eine Umwandlung vor sich ging, darauf weist schon der Sprachgebrauch hin.

Der Ausdruck culpa dient nämlich nur ein einziges Mal zur Bezeichnung der Mahnung, und zwar gerade in der Einführungsconstitution.

Außerdem werden zwar die Ausdrucksweisen stare und fieri per aliquem quominus so wie der Ausdruck factum gebraucht, um sowohl die Contractsculpa als unsere Mahnung zu umfassen. Am gewöhnlichsten ist aber der Ausdruck mora.

Woher diese Aenderung im Sprachgebrauch? Wie erklärt sich, daß der Ausdruck culpa nur ein einziges Mal, und zwar gerade in der Einführungsconstitution vorkommt? Wie anders, als dadurch, daß

mit dem Begriffe selber im Laufe der Zeit eine Umwandlung vor sich gegangen war, so daß der ursprüngliche Ausdruck nicht mehr paßte.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen gehe ich jetzt zur Erörterung der Fragen, wie ich sie im Eingange dieses Paragraphen hingestellt habe, selber über.

§ 31.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Nichtwissen berufen?

Mommsen behauptet[1]) in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht:

„Damit eine Mora angenommen werde, muß der Schuldner wissen, daß er schuldig sei, oder sein Irrthum muß wenigstens ein solcher sein, der in rechtlicher Beziehung dem Wissen gleich geachtet wird, d. h. ein s. g. nicht entschuldbarer Irrthum.“

Als Cardinalstelle für diesen Satz pflegt fr. 5 R. C. angeführt zu werden, obwohl doch Mommsen an der Beweiskraft dieser Stelle schon zweifelhaft geworden sein mag. Es heißt nämlich bei ihm a. a. O.: „Dies hat Pomponius wohl ausdrücken wollen.“ Und auch v. Vangerow[2]) sagt in Bezug auf diese Stelle nur: „daß — das Erforderniß fast mit klaren Worten vorausgesetzt wird.“

Betrachten wir die Stelle näher.

fr. 5 R. C. 12, 1. — Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum.

Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id necne aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit

Wenn das, was du mir geben mußt, später untergegangen ist, als es an dir lag, daß du es mir gäbest; so steht fest, daß es dein Schade ist. Aber wenn gefragt wird, ob es an dir gelegen hat, muß nicht bloß beachtet werden, ob es in deiner Macht stand, oder nicht; eventuell ob du böslicher Weise veranlaßt hast, daß

[1]) a. a. O. S. 57.

[2]) Pandekten, Bd. III., § 588, S. 185.

necne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.	es nicht in deiner Macht stand; sondern auch, ob irgend ein Rechtsgrund vorhanden ist, weswegen du einsehen mußtest, daß du zum Geben verpflichtet seiest.

Was zunächst den Ausdruck factum anbetrifft, so geht er an sich sowohl auf Contractsculpa wie Mahnung. Hier kann er nur auf die letztere bezogen werden. Dies ergibt sich daraus, daß Pomponius einen Untergang der Sache nach dem factum für möglich annimmt, und den Satz aufstellt, daß der Schuldner nach dem factum für Zufall hafte. Wollte man factum hier von Contractsculpa verstehen, oder auch [nur mitverstehen, so würde die Stelle gar keinen Sinn geben. Denn war die Sache bereits faciendo vernichtet, so konnte die Frage nach Haftung für Zufall nicht mehr aufgeworfen werden.

Pomponius beschäftigt sich demnach in unserer Stelle ex professo mit den Voraussetzungen der Mahnung.

Zunächst erörtert er die Frage, in wie fern dem Schuldner die Leistung möglich sein müsse, was uns hier noch nicht kümmert.

Sodann wird als weiteres Erfordernis angegeben: aliqua justa causa, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

Dies Erfordernis hat uns hier zu beschäftigen.

In diesen Worten soll der herrschenden Meinung zufolge liegen, daß der Schuldner um die Schuld wissen müsse, beziehungsweise hätte wissen müssen.

Allein daß die Worte, so wie sie dastehen, diesen Inhalt nicht haben, bedarf kaum einer Bemerkung. Höchstens könnte eine argumentatio a contrario denselben diesen Sinn verleihen wollen.

Vielleicht wäre man demnach zu folgender Schlußfolgerung geneigt: ist aliqua justa causa, propter quam intellegere deberes te dare oportere ein Erfordernis der Mahnung; so wird dieselbe ungültig sein müssen bei aliqua justa causa, propter quam non intellegere deberes te dare oportere.

Allein Voraussetzung einer jeden argumentatio a contrario ist, daß das contrarium ein vernünftiger Begriff ist. An einem solchen würde es hier aber fehlen. Denn aliqua justa causa, propter quam non u. s. w. ist ein Unding.

Was ich im Sinne habe, wird durch folgendes Beispiel anschaulicher werden.

Ein Reconvalescent hat einen Rückfall bekommen. Der Arzt macht ihm Vorwürfe: wie er auch bei solchem Hundewetter hätte ausgehen können.

Hier kann nun der Patient erwidern, entweder: es war gar kein Hundewetter, als ich ausging; oder: ich glaubte, es würde mir nichts schaden.

Er kann aber nicht sagen: Sie meinen wohl, Herr Doctor, es war ein Hundewetter, bei dem ich mich wieder hätte erkälten können; allein es war vielmehr ein Hundewetter, bei welchem ich mich nicht hätte erkälten können.

So kann der Reconvalescent nicht sagen. Wenigstens ein Arzt, der eine solche Antwort bekäme, würde wahrscheinlich bei sich überlegen: ob zu dem körperlichen Leiden seines Patienten noch ein geistiges getreten sei.

Denn ein Hundewetter, bei welchem man sich nicht hätte erkälten können, ist ein Unding. Bei einem Hundewetter kann sich jeder, auch der Gesundeste, erkälten.

Gerade solch Unding ist nun auch eine justa causa, wegen der man nicht hätte einsehen müssen, daß man schuldig sei.

Denn es gibt nur eine justa causa, wegen der man weiß, daß man schuldig, oder wegen der man dies hätte wissen müssen.

Dagegen zwischen einer justa causa und einem Nichthättewissenmüssen ist gar kein ursachlicher Zusammenhang denkbar. Einen solchen verlangt aber das propter.

So wie die herrschende Meinung unsere Stelle versteht, hätte Pomponius schreiben müssen: sed etiam si intellegere deberes te dare oportere.

Dann hätte ich mir folgende argumentatio a contrario gefallen lassen: Pomponius sagt, eine Mahnung sei nur dann wirksam, wenn der gemahnte Schuldner wissen mußte, daß er schuldig sei; mußte er dies also nicht wissen, so ist die Mahnung unwirksam.

Da nun aber Pomponius nicht so geschrieben hat, und eine justa causa propter quam non u. s. w. ein Unding wäre, müssen wir uns wohl nach einem andern contrarium umsehen.

Und in der That ist dies so schwer gar nicht zu finden.

Der Gegensatz ist die injusta causa. Denn daß auf justa der Nachdruck liegen soll, darauf weist schon das danebenstehende aliqua hin. Und zwar soll der Nachdruck ein ganz besonderer sein, weil Pom=

ponius sich des Wortes aliqua statt des sonst nach si gebräuchlicheren qua bedient.

Ferner bemerke man, daß die Stelle aus dem Sabinuscommentar des Pomponius ist, und daß der alte Sabinus auch sonst über den Gegensatz von justa und injusta causa nachgedacht hat. So war er es z. B., der durch seine Hartnäckigkeit dem Satze älterer Rechtslehrer allgemeinere Anerkennung verschaffte, daß das, was ex injusta causa bei jemand sei, condicirt werden könne[3]). Und wollen wir ein Beispiel einer injusta causa haben, so können wir uns hierzu der stipulatio, quae per vim extorta esset, bedienen, deren bei Pomponius in demselben 22. Buche seines Sabinuscommentares, aus dem unser fr. 5 entnommen, Erwähnung geschieht[4]).

Der Sinn der fraglichen Worte ist darnach dieser.

Soll eine Mahnung wirksam sein, so muß eine justa causa vorliegen. Es genügt z. B. keine Stipulation, die dem Schuldner durch Gewalt abgetrotzt ist. Andererseits sagt aber auch Pomponius nicht: justa causa, propter quam intelligis. Wenn wirklich eine justa causa vorliegt, so ist es ganz einerlei, was der Schuldner darüber denkt. Die Leute haben mitunter merkwürdige Begriffe. Es reicht vielmehr schon eine justa causa, ja sogar aliqua justa causa hin, weshalb der Schuldner hätte wissen müssen, daß er schuldig sei: Rechtsirrthum ist mithin ausgeschlossen.

Daraus aber, daß Rechtsirrthum ausgeschlossen ist, darf man nicht folgern, daß etwa Berufung auf factischen Irrthum zulässig sei. Denn dieser verträgt sich schon seiner Natur nach nicht mit einer justa causa, einem Rechtsgrunde.

Ueberhaupt sind aus dieser justa causa zum Theil recht wunderliche Sachen herausgelesen worden[5]).

Denken wir uns jetzt einmal folgenden Fall. Es fordert jemand ein Depositum zurück. Der Schuldner sagt: er wisse wirklich nicht, ob die Sache bei ihm deponirt sei. Darauf kommt nichts an. Depositum ist eine justa causa. Jeder muß wissen, daß er eine deponirte Sache zurückzugeben habe. Dies allein ist das Entscheidende. Stellt sich also heraus, daß die betreffende Sache wirklich deponirt war, so ist damit gleichzeitig über die Gültigkeit der Mahnung entschieden.

---

[3]) fr. 6 de cond. ob turp. caus. 12, 5.

[4]) fr. 7 de cond. ob turp. caus. 12, 5.

[5]) Vgl. z. B. Koch, Recht der Forderungen, 2. Auflage, Bd. I., S. 346.

Die fragliche Stelle beweist also nicht für, sondern gegen die herrschende Ansicht.

Die Entwicklung, die das Römische Recht in dieser Beziehung genommen hat, ist demnach folgende gewesen.

Ursprünglich erscheint die Mahnung als Zwillingsschwester der Contractsculpa. Beide werden unter dem Namen culpa zusammengefaßt, und zwar bedeutet hier culpa nichts anders als Dolus. Darin liegt aber gleichzeitig, daß der gemahnte Schuldner um die Schuld wissen mußte, obwohl dies nicht besonders ausgesprochen ist; denn nur unter dieser Voraussetzung kann von Dolus die Rede sein.

Im Laufe der Zeit ist hier aber eine Aenderung eingetreten. In einer Stelle, die ex professo von den Voraussetzungen der Mahnung handelt, sieht bereits Pomponius vom Wissen um die Schuld als Erforderniß der Mahnung ab, und verlangt nur das Vorhandensein eines rechtmäßigen Grundes.

Und daß man bei der Einführungsconstitution die Fälle ausschloß, wo der Schuldner nicht um die Schuld wußte, wird kaum auf besonderer Ueberlegung beruht haben. Man faßte den gewöhnlichsten Fall in's Auge und bildete dem entsprechend die Rechtsregel. Und der gewöhnlichste Fall wird es in alter Zeit noch mehr, als heutzutage, gewesen sein, daß der Schuldner weiß, was er schuldig ist.

Als dann aber die Wissenschaft beobachtete, daß es neben dem gewöhnlichsten Fall auch noch andere gebe, wo der Schuldner nicht um die Schuld wisse, mußte sich die Frage aufwerfen: wie verhält sich die Mahnung zu diesen Fällen?

Und in dieser Beziehung stellte bereits Pomponius die Regel auf, daß das Vorhandensein eines rechtmäßigen Grundes allein genüge, ohne daß auf Wissen des Schuldners etwas ankommen könne.

In der That wäre es auch ein seltsamer Zustand, wenn jeder gemahnte Schuldner sollte sagen dürfen: „ich weiß von nichts."

Es ist eben Pflicht und Schuldigkeit eines jeden Schuldners, zu wissen, was er schuldig ist.

Aber der Erbe! höre ich einwenden. Der arme Erbe! er ist in der That recht sehr zu bedauern.

Als ob ein Erbe bloß dazu da wäre, die Activa in die Tasche zu stecken?!

Wenn ein Erbe um die Schuld nicht weiß, worin hat das seinen Grund?

Entweder darin, daß der Erbe nicht gehörig nachgesehen, oder daß der Erblasser schlecht Buch geführt hat.

Im ersteren Falle wird niemand den Erben freisprechen wollen. Hat er denn aber im zweiten Falle Anspruch darauf? Ist es billiger, daß unter einer schlechten Buchführung des Erblassers der Gläubiger, welcher zu fordern hat, leide; oder der Erbe, welcher die Activa in die Tasche steckt? Mich dünkt, die Antwort kann nicht zweifelhaft sein.

Und zu welchen wunderbaren Consequenzen man gelangt, wenn man an dieser Nichtwissensvoraussetzung festhält; dafür mag aus einer Entscheidung in Seuffert's Archiv [6]) als Beleg folgender Satz hierher gesetzt werden:

„Die Klage wird auf die mora des Beklagten gestützt; als solche erscheint nicht jede Nichterfüllung einer Verbindlichkeit; sie setzt eine widerrechtliche Verzögerung der Erfüllung derselben voraus. Diese liegt dem Beklagten nicht zur Last, wenn es richtig steht, daß derselbe Mandatar, durch welchen die klagenden Gemeinden mit ihm contrahirt haben wollen, ihn durch gegenseitige Aufhebung des Vertrags von dessen Erfüllung entband. Denn nach Recht und Billigkeit konnte nach dieser Entbindung dem Beklagten nicht zugemuthet werden, sich an jede Gemeinde mit der Frage zu wenden, ob ihr Mandatar dazu ermächtigt sei, zumal, da ihn die amtliche Stellung desselben sicherlich dazu berechtigte, in dessen Gestion volles Vertrauen zu setzen."

Allein wenn jemand mit einem Bevollmächtigten einen Vertrag eingeht, muß er sich doch um den Legitimationspunkt bekümmern. Und wenn er dies nun unterließ, vielmehr ohne weiteres seine Vorrichtungen zur Erfüllung des Vertrages traf, und sich nachher herausstellte, daß der Betreffende gar keinen Auftrag hatte, und er dadurch Schaden leidet: so thut ihm auf solchen Schaden niemand etwas zu gute. Dies sollte sich nun anders verhalten, wenn jemand mit einem vermeintlich Beauftragten einen Vertrag abschlösse, der die Aufhebung eines früher eingegangenen zum Gegenstande hätte? Das wäre doch wunderbar! Es ist vielmehr recht und billig, daß sich der Schuldner in diesem Falle ebenso gut um den Legitimationspunkt kümmert, und wenn er dies unterlassen hat, den etwaigen Schaden trägt. Er braucht sich ja nur die Vollmacht vorlegen zu lassen. Und wenn der angeblich Be-

---

[6]) Band 12, Nr. 134.

auftragte eine amtliche Stelle inne hatte; so wird dadurch wahrlich nichts geändert, da hier eine Handlung in Frage steht, zu welcher ihn die amtliche Stellung, als solche, nicht berechtigte.

Schließlich wird dann in dieser Entscheidung, und zwar in ihrem nicht ausgeschriebenen Theile, gar von einer neutralisirten Interpellation gesprochen: ein Ding, von dem man sonst auch noch nie etwas gehört hat.

§ 32.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Nichtwissen berufen? — Fortsetzung.

Ist es nun schon so schwach mit der Cardinalstelle bestellt, was wollen dann gar die andern Stellen bedeuten, aus denen man herausgelesen hat, daß ein gemahnter Schuldner sich auf Nichtwissen berufen könne?

In diesem Paragraphen sollen folgende fünf Stellen erörtert werden.

fr. 19 de vi 43, 16. — Tryphoninus libro quinto decimo disputationum.

Merito Julianus respondit, si me de fundo vi dejeceris, in quo res moventes fuerunt, cum mihi interdicto unde vi restituere debeas non solum possessionem soli, sed et ea, quae ibi fuerunt, quamquam ego moram fecero, quominus interdicto te convenirem, subtractis tamen mortalitate servis aut pecoribus aliisque rebus casu intercidentibus tuum tamen onus nihilominus in eis restituendis esse, quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus es.

Mit Recht gab Julian ein Gutachten dahin ab: Hast du mich von einem Grundstücke, auf dem sich bewegliche Sachen befanden, gewaltsam herabgeworfen, so mußt du mir mittelst Interdictum unde vi nicht bloß den Besitz des Grundstückes, sondern auch was darauf war zurückerstatten. Und obschon ich gezögert habe, dich mit dem Interdicte zu belangen, bleibt auch, nachdem Sclaven und Vieh gestorben, oder andere Sachen durch sonstigen Zufall zu Grunde gegangen sind, deine Verpflichtung, diese zu erstatten, gleichwohl bestehen; denn schon von der Zeit des Delictes an warst du mehr als ein gemahnter Schuldner.

Was den Text dieser Stelle anbetrifft, so hat Th. Mommsen an dem tamen neben subtractis mit Recht Anstoß genommen. Er schlägt statt dessen interim vor. Am einfachsten wäre es wohl, dies tamen ganz wegzulassen. Es mag dadurch in den Text gekommen sein, daß der Abschreiber zu früh in die untere Reihe hinein gerieth, also zu früh das tamen neben tuum schrieb; und dann vergaß, es wieder wegzustreichen.

Statt es am Ende hat die Florentiner Handschrift est.

fr. 20 de cond. furt. 13, 1. — Tryphoninus libro quinto decimo disputationum.

Licet fur paratus fuerit excipere condictionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

Obgleich der Dieb bereit gewesen ist, die Condiction aufzunehmen, und es an mir lag, als die Sache noch vorhanden, sie zu condiciren; wollten die Alten denn noch, daß die Condiction fortdauere, sollte auch hernach die Sache untergegangen sein. Denn wer sich von Anfang an wider Willen des Eigenthümers an einer Sache vergriffen hat, macht in Rückerstattung dessen, was er nicht hätte wegnehmen sollen, immer Mora.

fr. 47 Us. 22, 1. — Scaevola libro nono digestorum.

Respondit paratum judicium accipere, si ab adversario cessatum est, moram facere non videri.

Er gab ein Gutachten dahin ab: wer bereit sei, einen Proceß aufzunehmen, wenn vom Gegner gezögert worden, mache nicht Mora.

fr. 63 Reg. jur. 50, 17. — Julianus libro XVII digestorum.

Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

Wer ohne Dolus zum Processe auffordert, macht nicht Mora.

fr. 24 pr. Us. 22, 1. — Paulus libro trigesimo septimo ad edictum.

Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non vi-

Wenn jemand mit der Zahlung zwar gezögert; einen Proceß anzufangen, aber bereit gewesen ist:

detur fecisse moram; utique si juste ad judicium provocavit.	liegt keine Mora vor; versteht sich, wenn er richtig zum Processe aufgefordert hat.

Von diesen fünf Stellen werden freilich vorzugsweise nur die beiden letzten benutzt, um den Satz zu beweisen, daß ein gemahnter Schuldner sich auf Nichtwissen berufen könne. Allein diese fünf Stellen gehören zusammen und müssen zusammen erörtert werden, wie sie denn auch bereits von Alteserra [1]) zusammengestellt sind.

Die Schlußfolgerung, die man sich auf Grund dieser Stellen erlaubt hat, ist bei Mommsen, S. 57, so gefaßt:

„Nach diesen Stellen wird selbst durch die Einleitung des Processes gegen den Schuldner keine Mora begründet, insofern er nur bona fide sich auf den Streit eingelassen hat."

Allein wo steht denn, daß der Schuldner sich auf einen Proceß eingelassen hat? Es heißt in fr. 63 R. J. nicht etwa qui sine dolo malo judicium accipit, sondern: ad judicium provocat; und dem entsprechend in fr. 24 pr. Us. 22, 1: judicium accipere paratus fuit.

Der Schuldner ist also nur zum Processe bereit gewesen, er fordert auf zum Processe. Zwischen einer Aufforderung zu etwas und dem betreffenden Etwas selber ist aber ein großer Unterschied. Wenn ich jemand auffordere, mit mir spazieren zu gehen; dann ist der Spaziergang doch noch nicht gemacht.

Was haben wir denn aber unter diesem Bereitgewesensein, diesem Auffordern zum Processe zu verstehen? Ging die Initiative vielleicht vom Schuldner aus? Vielleicht erhielt Agerius zu seiner größten Ueberraschung vom Numerius folgendes Schreiben:

Verehrter Herr Agerius. Vergangene Nacht nahm ich mir die Freiheit, Ihnen eine silberne Schale zu stehlen. Ich ersuche Sie nunmehr höflichst, mich dieserwegen gerichtlich belangen zu wollen. Paratus sum excipere condictionem. Ihr ergebener Numerius.

Es leuchtet wohl ein, daß wir die Sache so nicht angreifen können. Schreiben wir also dem Agerius die Initiative zu.

Wie mag sich denn Agerius dabei benommen haben? Vielleicht forderte er zur Zahlung auf, und Numerius erwiderte: „Verklagen Sie mich nur." Und wenn dann der Agerius gezögert, und den

[1]) Recitationes in Tryphoninum ad leg. ult. de cond. furtiva.

Numerius nicht sofort verklagt hätte, wäre die Mahnung wirkungslos gewesen.

Allein das Recht stellt es ganz in das Ermessen des Gläubigers, ob und wann er den Schuldner verklagen will, sofern der Gläubiger nur die Verjährungsfristen einhält. Der Schuldner hat dem Gläubiger in dieser Beziehung keine Vorschriften zu machen[2]). Und wenn es hier auch einzelne Ausnahmen gibt[3]), so dienen doch auch andererseits diese Ausnahmen nur wieder dazu, die Regel zu bestätigen.

Dann muß die Sache also wohl schon weiter gediehen sein; Agerius war also schon zur Klagmittheilung geschritten.

Heutzutage ist es ein unbestrittener Rechtssatz, daß die Mahnung auch durch eine Klagmittheilung bewirkt werden könne. Man pflegt nur zu übersehen, daß die Römer diese Wahrnehmung schon ebenso gut gemacht hatten. Wir werden im Laufe der Untersuchung noch mehrfach Gelegenheit haben, dies zu beobachten. Und auch bei den hier in Frage stehenden Stellen müssen wir hiervon ausgehen.

Die Vorstellung, daß auch die Klagmittheilung zur Mahnung tauglich sei, mußte den Römern gar um so leichter kommen, als hier die editio actionis nicht bloß gerichtlich, sondern auch außergerichtlich vorgenommen werden konnte[4]), und meistens außergerichtlich vorgenommen sein wird. Denn wozu sollte ein Klagenwollender einen Prätor, bezw. dessen Unterbeamte, erst belästigen, wenn es sich um Dinge handelte, die er ebenso gut ohne dessen Zuthun besorgen konnte?

Und daß es in unsern Stellen bereits zur Klagmittheilung gekommen war, dafür spricht auch folgender Umstand.

Es ist schon bemerkt worden, daß die Römer, wo es sich um Rückforderung einer Mitgift handelte, sich gerne der Klagmittheilung als Mahnung bedienten. Nun sind aber fr. 24 pr. Us., fr. 47 eodem und fr. 63 R. J. aus Schriften entnommen, die sich mit dem Dotalrecht beschäftigten.

Schon Jacobus Gothofredus in seinem Commentar über den Digestentitel de diversis regulis juris bemerkt bei Erörterung von d. fr. 63 in dieser Beziehung S. 263 ganz richtig:

---

[2]) fr. 5, § 6, de doli mali 44, 4; c. 6, § 1, de temp. in integr. rest. II, 53; fr. 42 R. J. 50, 17.

[3]) Vgl. z. B. c. 4 C. de us. pup. 5, 56.

[4]) fr. 1 de edendo 2, 13.

„Ut haec in genere recte dicuntur, ita (quod Glossa recte divinavit) pertinet haec Reg. ad eam ipsam speciem quae aptanda venit d. legi 21, 23 et 24 de usuris. Nam sicut Ulpianus lib. 34 ad edictum et Paulus lib. 37 ad edictum (unde eae leges desumptae sunt) de Rei uxoriae actione, ac nominatim de Retentionibus ex dote egerunt, ita etiam Julianus hoc ipsum argumentum exsecutus est lib. 17 Digestorum."

Darauf citirt Gothofred eine Reihe von Stellen, die aber nicht alle beweisend sind.

Nach Hommel's Palingenesie sind außer unserm fr. 63 R. J. folgende Stellen, die sich sämmtlich auf das Eherecht beziehen, aus dem 17. Buche von Julian's Digesten entweder entnommen, oder dies 17. Buch ist darin citirt:

fr. 5, § 9, de jure dotium 23, 3;
fr. 13, fr. 21 de pact. dot. 23, 4;
fr. 3, § 13, fr. 4, fr. 5, § 1, § 13, fr. 11, § 3, fr. 37 de don. i. v. 24, 1;
fr. 1, fr. 14 de don. 39, 5;
fr. 2, fr. 13 de M. C. don. 39, 6.

Aber auch mit fr. 47 Us. verhält es sich ähnlich. Denn das Thema, welches Julian im 17. Buche, behandelte Scävola im 9. Buche seiner Digesten. Dies beweisen die beiden Stellen, die außer unserm fr. 47 diesem Buche entnommen sind, nämlich:

fr. 29 de prob. 22, 3;
fr. 66 de don. i. v. 24, 1.

So wären wir denn bei der Klagmittheilung angelangt. Nun kann man aber von einem Gläubiger, der eine Klagmittheilung vornimmt, doch nicht sagen, daß er zögere. So werden wir denn immer weiter vorwärts geschoben und gelangen an den ersten Termin nach der Klagmittheilung. Und so liegt die Sache. Die Aufforderung des Beklagten, seine Bereiterklärung, den Proceß aufzunehmen, wovon diese fünf Stellen reden, wird im ersten Termine nach der Klagmittheilung abgegeben, und in diesem Termine ist der Kläger ausgeblieben.

Wollen wir von dieser Erklärung des Beklagten eine recht anschauliche Vorstellung haben, so müssen wir uns eine Verschiedenheit, die zwischen dem Römischen und heutigen Proceßrecht Statt findet, vergegenwärtigen.

Der heutige Richter setzt alle Termine selber an, den Parteien ist in dieser Beziehung nichts überlassen. Ein heutiger Richter, der mehrere Termine an einem Tage abhalten will, legt sich schon alles zuvor zurecht. In der einen Sache läßt er Parteien, Sachwalte, Zeugen u. s. w. vielleicht zu neun Uhr Morgens, in einer andern zu neun ein halb Uhr laden u. s. w.

So gut konnte es der Römische Prätor nicht in jeder Beziehung haben. Denn die Zeit, wann der erste Termin in einer Sache Statt finden solle, war regelmäßig der Vereinbarung, beziehungsweise Festsetzung der Parteien überlassen. Der Beklagte leistete entweder Vadimonium, an einem bestimmten Tage erscheinen zu wollen; oder der Kläger bestimmte im Wege der Privatdenunciation einen Termin, wann der Beklagte sich in jure zur Verhandlung einfinden solle.

Wenn also heutzutage Parteien vor dem Richter auftreten, so weiß derselbe immer schon, um welche Sache es sich handelt. Anders verhielt sich das in Rom mit dem ersten Verhandlungstermin.

Nun denke man sich, daß Numerius in diesem ersten Termine allein ankommt. Derselbe muß doch sagen, was er will; denn der Prätor weiß noch von gar nichts. Und dies ist eben die Erklärung, daß und worüber er bereit sei, mit Agerius zu processiren.

Statt eines Schreibens des ergebenen Numerius haben wir uns den Verlauf also etwa so zu denken.

Prätor: Was hast denn du für ein Anliegen?

Numerius: Von wegen der silbernen Schale, die dem Agerius gestohlen sein soll. Paratus sum excipere condictionem.

Prätor: Wo ist denn aber Agerius? Präco, ruf' einmal den Agerius.

Das ist hier provocare ad judicium [5]), paratum esse judicium accipere, paratum esse excipere condictionem.

Aber Agerius war nicht aufzutreiben. Moram fecit, quominus interdicto conveniret; per eum stetit, condicere; ab adversario cessatum est.

Betrachten wir uns jetzt die beiden ersten Stellen, so enthalten sie folgenden Gedanken. Dejicient und Fur werden nicht frei von der Haftung für Zufall, wenn auch der Kläger den ersten Termin versäumt. Sie stehen anders da als ein gemahnter Schuldner, weil sie

---

5) Vgl. über diesen Begriff Hartmann, Contumacialverfahren, S. 242.

schon vom Beginn ihrer Verpflichtung an für Zufall haften, der gemahnte Schuldner dagegen erst von der Mahnung an. Das fur semper moram facere videtur in fr. ult. de cond. furt. entspricht dem ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus es in fr. 19 de vi, worauf ich schon an einem andern Orte [6]) aufmerksam gemacht habe.

Für uns haben beide Stellen vorzugsweise wegen des Rückschlusses Bedeutung, den sie auf die durch Klagmittheilung bewirkte Mahnung gestatten.

Denn diese Stellen enthalten in dieser Beziehung folgenden Satz: ist eine Mahnung durch Klagmittheilung vorgenommen, und der Kläger im ersten Termine ausgeblieben, während der Beklagte erschienen ist, so fällt die Mahnung als wirkungslos wieder zusammen.

Und dieser Satz wird außerdem direct in fr. 47 Us. ausgesprochen.

Mommsen, S. 321, 322, sagt in Bezug auf diese Stelle, so wie in Bezug auf fr. 32, § 1, Us., die uns später beschäftigen soll:

„Imgleichen scheinen die Römischen Juristen im Allgemeinen einen stillschweigenden Verzicht angenommen zu haben, wenn nach erfolgter Mahnung der Schuldner sich zur Einlassung auf einen Proceß bereit erklärt, und der Gläubiger sich bei dieser Erklärung längere Zeit beruhigt hat, ohne zur Klage zu schreiten."

Allein diese Mommsen'sche Erklärung hat jedenfalls etwas sehr Beunruhigendes. Denn der gemahnte Schuldner hat, wie wir schon gesehen haben, dem Gläubiger in dieser Beziehung keinerlei Vorschriften zu machen. Ferner deutet der Ausdruck adversarius in fr. 47 Us. an, daß wir es nicht blos mit einem Gläubiger, sondern gleichzeitig mit einem Kläger zu thun haben.

Um nun den gefundenen Rechtssatz zu verstehen und für unser heutiges Recht zu verwerthen, müssen wir uns darnach umsehen, welche Wirkungen es nach Römischem Proceßrecht hatte, wenn der Kläger im ersten Termine ausblieb, der Beklagte aber erschien.

In dieser Beziehung galt nun die Regel, vgl. fr. 73, § 2, de jud. 5, 1:

et magis est ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit,

oder wie dies noch schärfer in fr. 27, § 1, de lib. causa 40, 12 ausgedrückt wird:

Si ea persona desit cognitioni, quae alicui status

---

[6]) Siehe oben S. 31.

controversiam faciebat, in eadem causa est qui de libertate sua litigat, qua fuit, priusquam de libertate controversiam patiatur.

Nur ganz ausnahmsweise gestattete das Römische Recht, wie dies ebenfalls aus dem angeführten fr. 27, § 1, hervorgeht, auf Antrag des Beklagten in solchen Fällen Fortrückung der Sache.

Die Regel war also die: bleibt der Kläger im ersten Termine aus, so wird die Klagmittheilung hinfällig. Und was in einer Beziehung keine Gültigkeit hat, soll es auch in anderer Beziehung nicht mehr haben. Eine derartige Klagmittheilung kommt auch als Mahnung nicht weiter in Betracht.

Justinian nahm hierin in Nov. 112 c. 3, insofern eine Aenderung vor, als er dem Beklagten stets die Befugnis auf einseitige Fortrückung der Sache einräumte.

Auf demselben Standpunkte steht das gemeine Proceßrecht [7]), stehen neuere Proceßgesetze. So kann z. B. nach der Mecklenburgischen Niedergerichtsordnung vom 6. Februar 1855, § 7, der Beklagte, wenn der Kläger ausbleibt, wählen: ob er Entbindung von der Instanz beantragen, oder sich auf die Klage einlassen will.

Wo nun ein derartiges Proceßrecht existirt, kann man nicht ohne weiteres sagen, daß durch Ausbleiben des Klägers im ersten Termin die Klagmittheilung als Mahnung hinfällig werde. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Beklagte die Klagmittheilung halten, oder sich von der Instanz entbinden lassen will. Im zweiten Fall wird allerdings die Mahnung wirkungslos; im ersten hingegen bleibt die Klagmittheilung ja von Bestand und wirkt deshalb auch, nach wie vor, als Mahnung fort.

Wie ist nun der Fall zu entscheiden, wenn der Beklagte von der Instanz zwar entbunden ist, der Kläger aber gegen diesen Nachtheil wieder restituirt wird? Hier muß man sagen: es ist so gut, als ob eine Entbindung von der Instanz nie eingetreten wäre; die Klagmittheilung wirkt also auch hier, nach wie vor, als Mahnung fort.

Wie weiter, wenn der Klagmittheilung eine einfache Mahnung voraufging, und Entbindung von der Instanz erfolgte?

Ich trage kein Bedenken, in diesem Falle auch die einfache Mahnung für völlig wirkungslos zu erklären. Wir müssen nur immer den

---

7) Vgl. Wetzell, System, § 49.

öconomischen Zweck der Mahnung vor Augen haben. Ein mahnender Gläubiger will nicht etwa ausstehende Schuldpöste in zinstragende Capitalien verwandeln: er will Aufhebung der Obligation. Und läßt ihn der Schuldner zu lange warten, so geht er von der einfachen Mahnung zur Klagmittheilung über. Nun steht es aber jedem Gläubiger frei, eine vorgenommene Mahnung wieder rückgängig zu machen, sie als nicht geschehen zu betrachten; wie dies ja häufig genug vorkommt. Ferner schreibt das Recht vor: wenn ein Gläubiger sich der Klagmittheilung als Mahnung bedient hat, nachher aber im ersten Termin ausbleibt, und der Beklagte von der Instanz entbunden wird; so soll er so behandelt werden, als habe er die Mahnung wieder rückgängig gemacht. Und das mit Fug und Recht. Denn ein Gläubiger, der einerseits zwar zur Klagmittheilung schreitet, andererseits aber so gleichgültig ist, daß er nicht einmal im ersten Termine erscheint, kann sich nicht darüber beklagen, wenn das Recht ihn als einen behandelt, dem es mit Aufhebung der Obligation doch wohl nicht so recht Ernst gewesen sei. Nun ist aber das Ausbleiben im ersten Termine eine gerade so große Gleichgültigkeit, wenn der Klagmittheilung bereits eine einfache Mahnung voraufging. Es ist also nicht abzusehen, wie diese sich sollte conserviren können.

Doch lassen wir das Ziel nicht außer Augen, weshalb wir diese ganze Untersuchung vornahmen. Julian sagt in fr. 63 R. J.: der Schuldner müsse ohne Dolus malus zum Judicium provocirt haben. Was heißt das: ohne Dolus malus?

Denken wir uns folgenden Fall, wie er mir schon vorgekommen ist. Ein Gläubiger ist zur Klagmittheilung geschritten. In Folge dessen stellt sich der Schuldner bei ihm ein: er möge doch das Klagen sein lassen, Schuldner wolle ihm auch dann und dann das Geld mit den Mahnungszinsen bringen. Der Gläubiger geht darauf ein. Es wird ausgemacht, daß der bereits angesetzte Termin nicht Statt finden solle. Entweder verpflichten sich beide, nicht hinzugehen; oder der Schuldner übernimmt die Abkündigung des Termines. Statt dessen aber stellt sich der Schuldner rechtzeitig im Termine ein und beantragt Entbindung von der Instanz. Das ist dolo malo gehandelt.

Schärfer faßt übrigens Paulus in fr. 24 pr. Us. die Ausnahme in's Auge: der Beklagte müsse richtig, juste, zum Judicium provocirt haben. Denn wenn z. B. der Beklagte am 16. April vor dem Prätor auftrat und zum Judicium provocirte, woher konnte dieser

wissen, ob auch gerade der 16. durch Privatvereinbarung oder Privatfestsetzung zum ersten Verhandlungstermine bestimmt sei. Der Beklagte handelte vielleicht gar nicht einmal dolos; er hatte sich nur geirrt. Das war aber hier schon entscheidend: der Tag, an welchem er provocirte, mußte der richtige sein.

Man wird aber noch weiter gehen müssen, als Paulus. Denn wenn auch der Beklagte ganz richtig auf Entbindung von der Instanz angetragen hat, der Kläger aber gegen diesen Nachtheil restituirt wird; wirkt, wie wir schon gesehen haben, die Klagmittheilung, nach wie vor, als Mahnung.

Zu bemerken ist noch, daß nur in den beiden letzten Stellen das provocare ad judicium an die Voraussetzung juste, sine dolo malo geknüpft ist, während es z. B. in fr. 47 Us. allgemein heißt si ab adversario cessatum est. Indessen kommen alle Ausdrucksweisen am Ende auf eins hinaus: denn ein cessare des Gegners liegt in der That nur da vor, wo der Beklagte juste und sine dolo malo provocirt hat.

Und solche Stellen sollen beweisen, daß die Klagmittheilung dann nicht als Mahnung wirken könne, wenn der Beklagte sich bona fide auf den Streit eingelassen hat! Mich dünkt: diese Stellen nöthigen eher dazu, die hergebrachte Auffassung völlig Preis zu geben. Jedenfalls muß man sich gewissermaßen erst umdenken, um diese Stellen überhaupt nur zu verstehen.

§ 33.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Nichtwissen berufen? — Fortsetzung.

Mommsen, S. 58, stellt im Einklang mit der herrschenden Ansicht folgenden Satz auf:

„Der justus error begründet nicht nur dann eine Entschuldigung gegen den Vorwurf der Mora, wenn der Schuldner glaubt, daß überhaupt keine Obligation existire, sondern ebenso sehr, wenn er irrthümlich annimmt, daß ihm eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers zustehe."

Dies soll bewiesen werden durch fr. 21, 22 Us. Sehen wir uns also die Stellen etwas näher an.

fr. 21 Us. 22, 1. — Ulpianus libro trigesimo quarto ad edictum.

Sciendum est non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum: quid enim si amicos adhibendos debitor requirat vel expediendi debiti vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur,	Man beachte, daß nicht alles, was, um aufzuschieben aus bestem Grunde geschieht, der Mora beizuzählen ist: denn wie wenn der Schuldner die Zuziehung von Freunden verlangt, sei es nun um die Schuld abzuwickeln oder um Bürgen zu bitten? oder wenn irgend eine Einrede angeführt wird? Hier liegt keine Mora vor,

fr. 22 Us. 22, 1. — Paulus libro trigesimo septimo ad edictum.

si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.	wenn nur dies selbst nicht, um zu hintergehen, vorgegeben wird.

Was den Text anbetrifft, so schlägt Theodor Mommsen vor: vel expediendi debiti fidejussoribus corrogandis spatium?

Ich vermag nicht einzusehen, was durch eine derartige Textesänderung gewonnen würde. An der Richtigkeit des Textes ist um so weniger zu zweifeln, als die Basiliken hier mit der Florentiner Handschrift, wenn auch nicht wörtlich, so doch dem Sinne nach, übereinstimmen.

In Bezug auf unsern Mommsen wäre dann zu bemerken, daß derselbe die erstere Stelle hier nur von den Worten exceptio aliqua an in Betracht zieht. Allein derartige Stellen verlangen, daß man sie im Zusammenhange erörtert.

Nun habe ich bereits darauf aufmerksam gemacht, daß beide Stellen dem Dotalrecht entlehnt sind, und daß wir hier nicht an die einfache Mahnung, sondern an die Klagmittheilung zu denken haben.

Der Fall liegt also so: der Ehemann wird auf Rückerstattung der Mitgift angegangen; die Klagmittheilung ist bereits erfolgt. Es ist einerlei, ob man sich diese Klagmittheilung als außergerichtlich vorstellt, oder ob man annimmt, daß sie unter Mitwirkung des Gerichtes geschah.

Gleich der Ausdruck differendi causa weist auf die Klagmittheilung hin. Denn differre wird gerne gebraucht, wo es sich um Auf=

schiebung eines Processes handelt [1]). Der Schuldner sucht hier z. B. um das vadimonium promittere noch wegzukommen, eventuell den Gläubiger davon abzuhalten, daß im Wege der Denunciation ein Termin bereits angesetzt werde.

Hiermit steht die Ausdrucksweise „mora facta non videtur“ in Einklang. Denn wo es sich um eine einfache Mahnung handelt, können Einwände eines Schuldners wie: er wolle seine Freunde um Geld angehen, höchstens den Erfolg haben, daß die Wirkung der Mahnung hinausgeschoben wird; der Schuldner erhält dann eine kurze Frist, nach deren vergeblichem Ablauf die früher vorgenommene Mahnung gleichwohl von selber wirkt, ohne daß es einer Wiederholung bedarf. Anders bei der Klagmittheilung. Hat ein Gläubiger, der bereits zur Klagmittheilung geschritten war, sich bereden lassen, die Sache noch aufzuschieben; ist es zum Versprechen des Vadimonium, zur Denunciation des Termins noch nicht gekommen: dann hat ja dieser Gläubiger seine Klagmittheilung vorläufig wieder zurückgenommen, es bedarf dann erst wieder einer neuen Thätigkeit von Seiten des Gläubigers, wenn Vadimonium versprochen, Denunciation eines Termines vorgenommen werden soll. Von der früheren Klagmittheilung gilt also mit Recht: mora facta non videtur.

Endlich nöthigen uns die Worte „fidejussoribus rogandis“, den Gedanken an eine einfache Mahnung aufzugeben. Denn ein mahnender Gläubiger verlangt Aufhebung der Obligation: er braucht sich nicht darauf einzulassen, wenn der Schuldner ihm beispielsweise statt Geld Bürgen aufdringen will [2]).

Aber ein klagender Gläubiger, will der nicht etwa auch Aufhebung der Obligation? Wir werden sehen.

Cujacius, comm. ad tit. D. de usuris, opp. omn., Band X., Spaltseite 1192 C., erklärt die Worte „fidejussoribus rogandis“ in folgender Weise:

> „ut rogati a debitore fidejubeant, quoties scilicet postulatur satisdatio damni infecti, vel legatorum, vel rem pupilli salvam fore.“

Cujacius bezieht die fraglichen Worte also auf Fälle, wo die Verpflichtung des Schuldners gerade darin bestand, Sicherheit zu leisten.

[1]) fr. 17, § 12, de inj. 47. 10; Gaj. IV, 122, 123; fr. 7, § 1, de ventre in poss. 37, 9; fr. 1 pr. § 10, 11; fr. 3, § 1, 2 de Carboniano edicto 37, 10.

[2]) Vgl. fr. 10 de pign. act. 13, 7.

Allein diese Fälle werden schon durch die Ausdrucksweise „expediendi debiti“ mitumfaßt.

Mommsen, S. 68, gibt den Zweck, zu welchem die Zuziehung der Freunde geschehen sollte, in folgender Weise an:

„das Römische Recht ist aber noch weiter gegangen. Auch dann läßt es eine Excusation zu, wenn der Schuldner zwar sofort erfüllen kann, die Leistung aber aufschiebt, um durch Zuziehung von Zeugen oder auf andere Weise sich den Beweis der Erfüllung zu sichern, den er bei sofortiger Leistung sich nicht würde sichern können.“

Aehnlich schon Schulting zu unserer Stelle, und, wie es scheint, auch Puchta, Vorlesungen, § 269.

Allein darüber, zu welchem Zweck die Zuziehung der Freunde erfolgen sollte, können wir unmöglich im unklaren sein. Ulpian spricht sich in dieser Hinsicht sehr bestimmt aus. So wie Mommsen, Schulting und Puchta die Sache auffassen, hätte es statt „expediendi debiti“ und „fidejussoribus rogandi“ etwa heißen müssen: probandi debiti und testibus rogandis.

Wozu braucht man ferner Zeugen, wenn weiter nichts als der Beweis einer Zahlung hergestellt werden soll? Der Gläubiger hat ja nur nöthig, eine Quitung auszustellen. Aber er konnte vielleicht nicht schreiben? Dann wäre es doch wieder seine, und nicht Sache des Schuldners gewesen, die Zeugen herbeizuholen.

Wir müssen uns wieder daran erinnern, daß wir uns hier auf dem Gebiete des Dotalrechts befinden.

Heutzutage pflegen die Mitgiften vielfach in Geld zu bestehen. Aehnlich wird es in Rom gewesen sein.

Geldmitgiften brauchte der Ehemann zu Ulpian's Zeiten[3]) erst in drei Jahresterminen, annua, bima, trima, zurückzuzahlen. Auch bei Vornahme einer Mahnung mußten also an sich die drei Jahrestermine abgewartet werden.

Nun war es aber häufig sehr wichtig, daß der Mann gemahnt wurde. Man denke an die vielen Ehescheidungen in Rom und an den Satz, daß eine geschiedene Frau ihren Dotalanspruch zu Ulpian's Zeiten nur unter der Voraussetzung auf ihre Erben übertrug, wenn der Mann gemahnt worden[4]). Eine geschiedene Frau konnte nicht

[3]) Ulp. VI, 8.
[4]) Ulp. VI, 7.

besser für die Ihrigen sorgen, als indem sie ihren gewesenen Ehemann sobald wie möglich wegen Rückgabe der Mitgift mahnte. Zudem wird eine geschiedene Frau auch sonst wohl Neigung verspürt haben, ihr Müthchen in dieser Beziehung, so bald wie möglich, zu kühlen[5]).

Und so komme ich dazu, zu erörtern, weshalb man sich in Rom bei Dotalansprüchen vorzugsweise der Klagmittheilung als Mahnung bediente.

Sollten gutgläubige Obligationen vor der Erfüllungszeit zum Gegenstande eines Rechtsstreites gemacht werden, so galt in dieser Beziehung folgender Grundsatz, wie Papinian ihn in fr. 41 de judiciis 5, 1, aufgestellt hat:

> In omnibus bonae fidei judiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Bähr in seiner Anerkennung, § 69, sagt in Bezug auf diese Stelle:

„Das Princip der l. 41 de judic. in unser heutiges Recht übertragen, bedeutet also: es kann auch vor dem Verfalltag der Leistung auf Anerkennung (Feststellung) des Rechtsverhältnisses „„ex justa causa““ geklagt werden."

Das ist nicht genau genug. Es steht nicht da: ex justa causa agi potest, sondern „ex justa causa condemnatio fit".

Das Verständnis dieser Stelle wird erleichtert werden, wenn wir uns einen Unterschied zwischen dem Römischen und heutigen Proceßrecht vergegenwärtigen.

Wenn heutzutage z. B. eine actio puncto stupri et alimentorum angestellt wird, so verurtheilt ein heutiger Richter möglicherweise gleich vierzehn Jahre im voraus. Er sagt also etwa: am 20. April 1870 sind fünf Thaler Alimentengelder zu zahlen, am 20. Juli 1870 wiederum fünf Thaler, und so fort bis zum 20. Januar 1884. Das konnte aber ein Römischer Geschworner nicht, der konnte nur in Fälliges verurtheilen[6]). Wäre also obige Klage am 1. August 1870 einem mit den Befugnissen eines Römischen Geschwornen ausgestatteten Richter überwiesen worden, so hätte derselbe nur in zehn Thaler Alimentengelder verurtheilen dürfen.

---

[5]) Vgl. fr. 78, § 2, J. D. 23, 3, vba: aut cuivis magis gratiam praestare quam relinquere apud inimicum jus ad se translatum.

[6]) Gaj. IV, 131. v. Keller, Litiscontestation, S. 517 u. fgg.

Hier half sich die Römische Praxis regelmäßig durch Präscriptionen. Unser fr. 21 de jud. setzt eine Präscription folgender Fassung voraus: Ea res agatur ad interponendam cautionem[7]). Nehmen wir also einmal an, es sei am 20. April auf Anerkennung einer am 20. December fälligen Kaufgeldsschuld geklagt, so haben wir uns die Formel folgendermaßen zu denken:

> Ea res agatur ad interponendam cautionem. Quod A^s. N^o. domum vendidit, quidquid ob eam rem N^m. A^o. dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N^m. A^o. condemna, s. n. p. a.

Fand nun der Geschworne vor dem 20. December, daß der Anspruch des Agerius begründet, und bequemte sich Numerius wirklich zur Ausstellung einer entsprechenden Stipulationsurkunde; dann war die Sache ordnungsmäßig abgewickelt, und es konnte Freisprechung erfolgen. In diesem Falle hatte also der Römische Kläger ungefähr dasselbe, was ein heutiger Kläger erreicht. Nur sieht die Sache äußerlich etwas anders aus, weil in Rom der Proceß auf eine Freisprechung auslief, während er heutzutage mit einer Verurtheilung endet. Ferner findet insofern ein materieller Unterschied Statt, als ein heutiger Kläger einen zur Erfüllungszeit executionsreifen Anspruch erhält, während ein Römischer Kläger sich mit einem zur Erfüllungszeit nur klagbaren Anspruche begnügen mußte.

Wie nun aber, wenn der Beklagte sich nicht gutwillig zur Ausstellung von Stipulationsurkunden verstand? Hier mußte der Römische Geschworne seiner Instruction gemäß verurtheilen. Allein eine Verurtheilung für die Zukunft war nicht möglich. Man hat sich also die Sache entweder so zu denken, daß der Geschworne den Beklagten zur Strafe für sein Chicaniren schon vor dem 20. December in das Ganze verurtheilte; oder man muß annehmen, daß der Discont abgezogen wurde.

Etwas anders stellt sich also auch hier wieder die Sache wie heutzutage. Denn während in diesem Falle der Römer einen sofort executionsreifen Anspruch erhielt, wird der Anspruch des heutigen Klägers doch immer erst zur Erfüllungszeit executionsreif.

Ob die actio rei uxoriae zu Zeiten der Pandektenjuristen zu den gutgläubigen Klagen im engern Sinne gehörte, ist zwar nicht ganz

---

[7]) v. Keller, Civilproceß, § 41.

ausgemacht. Gajus führt sie in seinem Kataloge nicht mit auf[8]). Sie wurde aber jedenfalls in anderer Beziehung ähnlich wie die gutgläubigen Klagen behandelt[9]). Es steht also an sich durchaus nichts im Wege, daß auch eine Geldmitgift sofort nach Auflösung der Ehe eingeklagt werden konnte: es bedurfte zu diesem Zwecke lediglich einer Präscription ea res agatur ad interponendam cautionem, welche der Formel für die actio rei uxoriae vorangestellt wurde[10]).

Allein das Römische Recht ist in diesem Falle noch weiter gegangen. Es gewährte in diesem Falle nicht bloß einen Anspruch auf nuda promissio, sondern sogar auf satisdatio. Dies beweist folgende Stelle[11]):

fr. 24, § 2, S. M. 24, 3. — Ulpianus libro trigesimo tertio ad edictum.

Quotiens mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tum deducto commodo temporis condemnatio residui repraesentatur, sed si, cum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait non habita ratione commodi temporis. judicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum aut habita ratione compensationis eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur: nec ferenda est mulier, si dicat magis se velle dilationem pati quam in repraesentatione deductionem.

Wir haben uns hier eine Formel zu denken mit der Präscription: ea res agatur ad interponendam satisdationem de solutione dotis post certum tempus.

Mela hatte hier unterschieden, ob der Ehemann Sicherheit leisten, d. i. Bürgen stellen konnte, oder nicht. Ließ er es dann im ersteren Falle zur Verurtheilung kommen, so sollte diese auf's Ganze gehen, im zweiten Fall hingegen der Discont abgezogen werden.

Zu Ulpian's Zeit unterschied die Praxis in dieser Weise nicht mehr. Entweder der Beklagte stellte Bürgen, und es trat Freisprechung ein; oder er wurde unter Abziehung des Disconts verurtheilt. Habita

8) Gaj. IV, § 62.

9) fr. 21 S. M. 24, 3; fr. 36 pec. 15, 1.

10) Etwas anders Bechmann, Dotalrecht, Bd. II., S. 339—342.

11) Vgl. über dieselbe Czyhlarz, Dotalrecht, S. 359 fgg.

ratione compensationis heißt wörtlich: unter Berücksichtigung einer Ausgleichung.

Eine weitere Möglichkeit wäre Aussetzung des Urtheils gewesen. Diese wird aber von Ulpian schlechthin verworfen.

Mit diesem Anspruche der Frau auf Sicherstellung der Mitgift nach Aufhebung der Ehe steht ein anderer Rechtssatz in inniger Verbindung: daß nämlich eine Frau bei zu befürchtender Zahlungsunfähigkeit ihres Mannes schon während der Ehe die Mitgift zurückfordern konnte [12]). Hier wurde früher, wie uns Justinian [13]) mittheilt, eine actio fictitia gegeben: es wurde eine Ehescheidung fingirt.

Wie nun aber, wenn es sich um eine Geldmitgift handelte? Hier genügte zur Sicherung der Frau die Fiction der Ehescheidung noch keineswegs. In diesem Falle wird auch diese actio fictitia eine Präscription ad interponendam satisdationem gehabt haben.

So hatte denn die Ehefrau zu Zeiten der Pandektenjuristen, sowohl während als nach der Ehe, in einem gewissen Umfange einen Anspruch darauf, daß ihre Mitgift sicher gestellt werde; und zu dieser Sicherstellung werden Bürgen benutzt sein.

Und dieser Anspruch auf Sicherstellung ist es eben, den die Constitutionen 1 und 2 ne fidejussores vel mandatores dotium dentur 5, 20, aufgehoben haben [14]).

Von diesem Anspruche auf Sicherstellung sind aber noch Spuren in den Digesten übrig geblieben. Hierher kann man z. B. schon den fidejussor post solutum matrimonium datus in fr. 7 pr. de exc. 44, 1, zählen, ohne daß man mit Arndt's [15]) eine Interpolation anzunehmen brauchte. Hierher gehört ferner

fr. 8 pr. de act. rer. am. 25, 2.

Si cum dos solveretur mulieri aut satis doti fieret.

Und hierauf beziehen sich die fidejussores in unserm fr. 21 de us.

Doch ich wollte ja auseinandersetzen, weshalb man sich in Rom bei Dotalansprüchen vorzugsweise der Klagmittheilung als Mahnung bediente.

Die Antwort auf diese Frage liegt in der vorangegangenen Erörterung.

---

[12]) fr. 24 pr. § 1 S. M. 24, 3. — Czyhlarz, Dotalrecht, S. 483 fgg.

[13]) c. 30 de J. D. 5, 12.

[14]) Vgl. über diese Constitutionen Hasenbalg, Bürgschaft, S. 112—115.

[15]) Pandekten, § 400, Anm.

Wir müssen die Wirkung der Mahnung, welche hier hauptsächlich in Betracht kam, den Uebergang der actio rei uxoriae auf die Erben der Frau, in's Auge fassen.

Man vergegenwärtige sich, daß eine Frau nach Aufhebung der Ehe, selbst wenn der Dotalanspruch noch gar nicht fällig, die actio rei uxoriae anstellen konnte. Wollte der Mann dann einer Verurtheilung entgehen, so mußte er von Bürgen mitunterschriebene Stipulationsurkunden ausstellen. Hatte die Frau dann diese Stipulationsurkunden, so waren ihre Erben gesichert; denn Stipulationsklagen gingen auf die Erben über.

Daher hat es auch seinen guten Sinn, daß die Sicherheitsleistung hier gerade durch Bürgen geschehen mußte, daß eine bloße Pfandbestellung nicht ausreichend gefunden wurde.

Lag nun nicht der Gedanke nahe: auch das ist mora, wenn auf geschehene Klagmittheilung hin der Mann mit Ausstellung der Stipulationsurkunden zögert? auch in diesem Falle müsse also die Klage auf die Erben der Frau übergehen?

Und so hat die Rechtsregel Vat. fr. § 112 „mulieris nomine postulatum — — — actionem rei uxoriae perpetuari", die uns bereits in einem andern Zusammenhange beschäftigte (siehe oben S. 191, 192), auch noch in anderer Weise ihre Bedeutung.

Wie aber sah es mit der einfachen Mahnung auf Rückerstattung der Mitgift aus? Die kam unmittelbar nach Aufhebung der Ehe in den Fällen zu zeitig, wo der Ehemann nur zur Rückerstattung in drei Jahresterminen verpflichtet war.

Heutzutage kann von einem derartigen Unterschiede zwischen Klagmittheilung und einfacher Mahnung beim Dotalanspruch freilich keine Rede mehr sein. Denn nicht nur daß die Dotalklage allgemein vererblich geworden, und daß der Anspruch auf Sicherstellung fortgefallen: auch unsere ganze Proceßeinrichtung ist derartig verändert, daß in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Mahnung und Klagmittheilung nicht wohl mehr denkbar ist.

Jetzt werden uns die Worte „vel expediendi debiti vel fidejussoribus rogandis" in unserer Stelle verständlich sein. Der Ehemann will Klägerin zufrieden stellen, sei es durch sofortige Zahlung oder durch Stellung von Bürgen. Zu beidem ist er berechtigt. Er verlangt nur, daß die Klagmittheilung noch für kurze Zeit aufgeschoben werde.

Was heißt dann aber: vel exceptio aliqua allegetur? Man beachte, das Anführen der Einrede solle nur um aufzuschieben, und aus bestem Grunde geschehen. Einreden, die, um aufzuschieben, vorgeschützt werden, sind dilatorische Einreden.

Solcher dilatorischer Einreden unterscheidet Gajus, IV., 122 und 124 zwei Arten: dilatoriae exceptiones, quae ad tempus nocent und ex persona dilatoriae exceptiones.

Dem Kläger, welchem eine derartige dilatorische Einrede vorgeschützt wurde, gibt er IV, 123, folgenden guten Rath:

> Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem;

einen Rath, den er in folgender Weise begründet:

> alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit. nec enim post illud tempus, quo integra re, evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest, re in judicium deducta et per exceptionem perempta.

Mit den dilatorischen Einreden hatte es also im Römischen Proceßrecht seine ganz besondere Bewandtnis. Ein Kläger, dem eine derartige Einrede vorgehalten wurde, mochte sich zweimal besinnen, ehe er es zur Litiscontestation kommen ließ. Denn wurde nachher die dilatorische Einrede begründet befunden, so war es um seinen ganzen Anspruch geschehen.

Im vorliegenden Falle ist nun einerseits eine dilatorische Einrede vorgeschützt, andererseits aber ein Aufschub auch wirklich erfolgt. Denn daß letzteres aus den Worten „mora facta non videtur" sich ergibt, ist schon anderweitig (siehe oben, S. 347) dargelegt worden. Der Klagenwollende hat es beim ersten Anlauf bewenden lassen, er hat den Rath des Gajus beherzigt: ut differat actionem.

Auch das allegetur in unserer Stelle steht keineswegs müssig da. Ein Zubeklagender, der eine dilatorische Einrede wirklich hat, aber nicht vorschützt, befindet sich auf gleicher Stufe mit einem Schuldner, der über eine derartige Einrede nicht gebietet.

Zu solchen dilatorischen Einreden bot gerade das Dotalrecht mannigfache Veranlassung dar.

So hatte vielleicht ein Ehemann das Dotalgrundstück auf fünf volle Jahre verpachtet, weil er damals noch nicht ahnen konnte, daß Ageria seiner gleich nach den Flitterwochen überdrüssig sein würde. Hier ist Ageria zuvörderst gehalten, einen Revers dahin auszustellen:

daß sie sämmtliche Verbindlichkeiten aus diesem Pachtvertrage auf sich nehmen werde [16]).

Oder der Ehemann hatte vielleicht wegen des Dotalgrundstückes cautio damni infecti geleistet [17]), oder dem Dotalsclaven kurz vor der Katastrophe neue Kleider machen lassen [18]) u. s. w. [19]).

Aber die Einrede mußte aus bestem Grunde vorgeschützt sein. Es genügte also schon, wenn der Ehemann nur glaubte, eine dilatorische Einrede zu haben. Vielleicht hatte in Folge dessen Algeria ihre Klage fallen lassen, und nachher sich herausgestellt, daß es mit dieser Einrede nichts gewesen war. Allein man kann doch niemand verdenken, daß er von seinen vermeintlichen Vertheidigungsmitteln Gebrauch mache. Hier um so weniger, weil der Prätor bei Restitutionsertheilung jedenfalls schwierig gewesen sein wird. Gajus [20]) hält es sogar für zweifelhaft, ob der, welcher eine dilatorische Einrede nicht rechtzeitig vorschützte, überhaupt Anspruch auf Restitution habe. Hätte doch hier Restitutionertheilen nichts anders bedeutet als: den Gläubiger durch eine dilatorische Einrede um seinen Anspruch bringen!

Das muß mithin genügen, wenn der Zubeklagende optima ratione, also in gutem Glauben handelt. Anders aber wenn er die dilatorische Einrede rein aus der Luft gegriffen, wenn er dolose gehandelt hat, si modo id ipsum fraudandi causa simuletur. Hier darf es mithin dem Gläubiger keinen Schaden bringen, daß er die Klagmittheilung wieder zurücknahm: hier soll diese, nach wie vor, als Mahnung wirken.

Die dilatorischen Einreden nehmen im heutigen Proceßrecht eine andere Stellung ein, als zu Zeiten der Pandektenjuristen. Die Sache selber kann aber auch bei andern Einreden vorkommen.

Denken wir uns folgenden Fall. Ein Erbe klagt eine Forderung seines Erblassers ein. Gleich im ersten Termin hält ihm der Schuldner eine Quitung über die fragliche Schuld entgegen; die Handschrift des Erblassers ist täuschend nachgemacht. In Folge dessen nimmt der Erbe die Klagmittheilung wieder zurück.

Hat nun der Schuldner im guten Glauben gehandelt — vielleicht beging der die Fälschung, welcher das Geld überbringen sollte — dann

---

16) fr. 25, § 4, S. M. 24, 3.
17) fr. 55 S. M. 24, 3.
18) fr. 66, § 1, S. M. 24, 3.
19) Vgl. Bechmann, Dotalrecht, Bd. II., S. 413, 414.
20) Gaj. IV, 125.

ist mit Zurücknahme der Klagmittheilung auch die Mahnung rückgängig geworden.

Hat indes der Schuldner selber gefälscht, dann soll die Zurücknahme der Klagmittheilung in dieser Beziehung nichts schaden: die Klagmittheilung vielmehr, nach wie vor, als Mahnung wirken.

Also auf den guten oder bösen Glauben des Schuldners kommt nur unter der Voraussetzung etwas an, daß der Kläger die Klagmittheilung wieder zurücknimmt. Läßt sich dagegen derselbe durch das Vorzeigen der Quitung im ersten Termine gar nicht irre machen, setzt vielmehr den Proceß getrost fort, und beweist nachher die Fälschung; dann hat die Klagmittheilung keinen Augenblick aufgehört, als Mahnung zu wirken, und Untersuchungen darüber, ob der Schuldner beim Vorzeigen der Quitung in gutem oder bösem Glauben handelte, sind völlig überflüssig.

Wie eine Klagmittheilung, kann auch eine einfache Mahnung zurückgenommen werden, und so können hier dieselben Fragen entstehen. Ein Erbe mahnt einen Schuldner seines Erblassers. Derselbe wird grob und zeigt ihm eine Quitung vor. Der Erbe entschuldigt recht sehr das Versehen, nimmt also die Mahnung zurück.

Wenn nun nach Jahr und Tag der Erbe den Nachweis bringen kann, daß die Quitung vom Schuldner gefälscht war; dann erweist sich trotz der Entschuldigungen die frühere Mahnung wirksam.

Guter Glaube allein ist andererseits indes auch noch nicht ausreichend. Der Schuldner muß die Einrede vorbringen und dadurch veranlassen, daß der Gläubiger seine Mahnung zurücknimmt.

Den Nachweis, daß der gemahnte Schuldner in bösem Glauben handelte, hat nöthigenfalls der Gläubiger zu führen.

So erhalten wir denn folgenden Satz. **Hat der gemahnte Schuldner durch bösliches Vorschützen einer Einrede den Gläubiger veranlaßt, seine Mahnung zurückzunehmen, so soll diese gleichwohl als wirksam betrachtet werden.**

Wie unendlich verschieden dieses Ergebnis von dem Satze **Mommsen's** ist, den wir an die Spitze dieses Paragraphen stellten, leuchtet von selber ein.

§ 34.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Nichtwissen berufen. — Fortsetzung.

Andere Stellen, die man hierher gezogen hat, betreffen das Falcidische Gesetz und machen eine Vorerörterung nöthig.

Im Jahre 40 vor Christi Geburt wurde vom Tribunen P. Falcidius ein Gesetz eingebracht, welches bestimmte, daß jeder Römische Bürger in seinem Testamente jedem Römischen Bürger so viel legiren könne, als er Lust habe; doch müßten die Erben durch ein solches Testament mindestens ein Viertheil der Erbschaft behalten.

Das Gesetz räumte den Erben nur die Befugnis ein, ein Viertel zu behalten. Es gab ihnen kein Rückforderungsrecht, wenn der Testator die Grenze überschritten, und sie die Legate zu voll ausbezahlt hatten.

fr. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2.

ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes c a p i a n t.

pr. J. de lege Falcidia 2, 22.

id est, ut, sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta r e m a n e r e t.

Ulp. 24, 32.

ut omnimodo quadrans integer apud heredem r e m a n e a t.

Paul. R. S. III, 8, 1.

auxilio Falcidiae institutus heres quadrantem r e t i n e r e potest.

Das Bedürfnis, zum Schutze des Falcidischen Viertels Klagen zu gewähren, mußte zunächst da eintreten, wo es dem Erben an der Möglichkeit gefehlt hatte, vom Rückbehaltungsrechte Gebrauch zu machen. Da aber das Falcidische Gesetz keine actio gab, konnte nur durch andere Rechtsmittel geholfen werden: so durch interdictum quod legatorum, rei vindicatio und actio in factum [1]).

Wie verhielt es sich aber in dem Falle, wenn der Erbe in der Lage gewesen war, ein Rückbehaltungsrecht auszuüben; derselbe hiervon aber keinen Gebrauch gemacht, sondern das Legat zu voll ausbezahlt

---

[1]) fr. 26 pr. ad leg. Falc. 35, 2; fr. 77, § 2, § 6, Leg. II. Vgl. V o i g t über die condictiones ob causam, S. 233, Anm. 159.

hatte? Stand ihm hier ein Rückforderungsrecht zu? Eventuell mit welcher Klage wurde dasselbe geltend gemacht?

In dieser Beziehung hat Voigt a. a. O., S. 232, 233, sich zu nachstehender Schlußfolgerung verleiten lassen:

„indem sodann jene lex (Falcidia) — — lediglich als lex imperfecta sich darstellt, so wird nun hierdurch die Annahme begründet, daß bereits zur Zeit der lex Falcidia die condictio ob causam zur Anerkennung gelangte oder gelangt war, und durch solche Klage nun eine Rückforderung des gesetzlichen Uebermaaßes des Legates, jedoch mit Ausschluß des indebite gezahlten Damnationslegates auf ein certum, ermöglicht ward."

Mir erscheint diese Schlußfolgerung etwas voreilig. Für das certe Damnationslegat gab es jedenfalls kein Rückforderungsrecht[2]). Und da das certe Damnationslegat in alter Zeit jedenfalls die Hauptform für Vermächtnisse gewesen sein wird; so möchte ich eher vermuthen, daß hier ein Rückforderungsrecht ursprünglich gar nicht Statt fand.

Mag dem indes sein, wie ihm wolle: auf alle Fälle war der Erbe beim certen Damnationslegat auf sein Zurückbehaltungsrecht beschränkt; und da drängt sich denn die Frage auf: in welcher Form dieses Zurückbehaltungsrecht ursprünglich processualisch geltend gemacht sein wird?

Wir, von unserm heutigen Standpunkte aus, werden vielleicht meinen: durch eine gewöhnliche exceptio. Allein auch dieses Rechtsmittel finden wir nur ausnahmsweise, und auch nicht so ohne weiteres angewandt. Für untheilbare Vermächtnisse schlägt z. B. Gajus in fr. 80, § 1, ad leg. Falcidiam 35, 2, folgendes Auskunftsmittel vor:

> haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent, sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.

Also wenn es sich um eine untheilbare Sache handelt, so soll der Erbe folgendes Verfahren einschlagen. Er soll zunächst die Sache abschätzen lassen, und darauf dem Legatar ankündigen, daß er den betreffenden Theil der Abschätzungssumme ihm zustelle. Erst wenn dieses

---

[2]) Gaj. II, 283; Ulp. 24, 33; § 7 de obl. quasi ex cont. 3, 27.

Verfahren sich als fruchtlos erwiesen hat, wird dem Erben eine exceptio doli eingeräumt.

Wozu diese Weitläufigkeiten? Kann man denn dem Erben nicht sofort eine Einrede gewähren? Und warum wird hier diese Einrede nicht exceptio legis Falcidiae, sondern doli genannt?

Wir müssen wieder vor Augen haben, daß die meisten Legate Damnationslegate waren, die mit der condictio certi geltend gemacht wurden. Wir befinden uns also auf einem Gebiete, wo die Grundsätze der Römischen plus petitio zur Anwendung kamen, wo der Satz galt: daß durch Zuvielforderung auch das wirklich vorhandene, aber geringere Klagerecht rettungslos verloren ging [3]).

Die Sache war behutsam anzufassen. Hätte der Prätor auf Grund des Falcidischen Gesetzes eine exceptio gegeben, was würde dann der Erfolg gewesen sein? Dann würde überall, wo der Geschworne sich von einer Verletzung des Falcidischen Gesetzes überzeugt hätte, keine theilweise Verurtheilung, sondern völlige Freisprechung eingetreten sein. Der Erbe hätte also nicht ein Viertel, sondern das ganze Vermächtnis behalten.

Diesem zufolge ist gar nicht denkbar, daß die Handhabung des Falcidischen Gesetzes zu den Befugnissen des Römischen Geschwornen gehört hätte. Das heißt mit andern Worten: es gab keine exceptio legis Falcidiae.

Der Abzug mußte bereits vor der Formelertheilung erfolgen. Handelte es sich z. B. um ein Legat von 100, so gab der Prätor, falls der Erbe sich ohne Grund auf das Falcidische Gesetz berief, eine Formel mit 100 dare oportere, nachdem er davon überzeugt war, daß das Falcidische Gesetz nicht verletzt sei. Hatte ihm dagegen der Erbe dargelegt, daß er Anspruch auf Abzug des Falcidischen Viertels habe, so mußte die Formel auf 75 dare oportere lauten [4]).

Bei dinglichen Ansprüchen half der Prätor auch dadurch, daß er eine vindicatio incertae partis gestattete [5]), also den fraglichen Anspruch dem Gebiete der plus petitio entrückte [6]).

---

[3]) v. Keller, Civilproceß, § 44. — § 33 J. de act. 4, 6.

[4]) Paul. R. S. III, 8, § 2. Der hier erwähnte judex ist ohne Zweifel der Prätor. Anlangend den Sprachgebrauch vgl. man etwa fr. 9, § 7, quod M. C. 4, 2.

[5]) fr. 76, § 1, R. V. 6, 1; fr. 8, § 1, Comm. div. 10, 3.

[6]) Gaj. IV, 54.

Wie nun aber bei untheilbaren Sachen, die keinen Abzug zuließen? Hier wird es dem Erben ursprünglich nichts genützt haben, wenn er sich vor dem Prätor darauf berief, daß das Falcidische Gesetz verletzt sei. Denn Untheilbares konnte auch ein Prätor nicht theilen. Hier galt also die uns von Gajus in unserer Stelle mitgetheilte Regel: legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent.

Allmählich brach sich aber eine mildere Praxis Bahn, wie wir aus den Rathschlägen ersehen, welche Gajus in unserer Stelle dem Erben gibt. Kann er sich auch ohne weiteres nicht auf das Falcidische Gesetz berufen, so doch vielleicht auf einem Umwege. Er muß die Sache abschätzen und dann den Legatar auffordern lassen, daß er den betreffenden Theil der Schätzungssumme ihm zustelle. Aber wenn der Legatar sich nicht darauf einläßt, sondern vom Prätor die Formel erbittet? Dann kann der Erbe ihm folgendes vorhalten: du willst vom Prätor ohne weiteres die Formel? Hast du denn vergessen, daß ich dich auffordern ließ, mir die und die Summe zunächst zuzustellen, und daß ich gegen Zahlung dieser Summe bereit war, auch meinerseits zu erfüllen? Du handelst ja gegen mich dolose! Denn wenn der Prätor die Formel ertheilt, die Berücksichtigung des Falcidischen Gesetzes gehört nicht vor den Geschwornen; du hast es also offensichtlich darauf angelegt, mich um die Wohlthat dieses Gesetzes zu bringen.

Und wenn jetzt der Kläger nicht noch zu guter Stunde eingelenkt, vielmehr die Formel mit exceptio doli erhalten hätte, was wäre dann der Erfolg gewesen? Nicht etwa, wie Ubbelohde[7]) ganz richtig bemerkt, nur theilweise, sondern gänzliche Abweisung.

So haben wir uns denn davon überzeugt, daß es keine exceptio legis Falcidiae gab; und daß es ganz eigenthümlich gestaltete Ausnahmefälle sein mußten, wenn der Römische Geschworne sich überall mit dem Falcidischen Gesetz zu befassen hatte. Die Regel war, daß der Prätor den betreffenden Abzug selber vornahm.

Dies ist der Inhalt der Rechtsregel: legata per legem ipso jure minuuntur[8]), die freilich von Ubbelohde ganz unrichtig verstanden ist. Derselbe sagt nämlich a. a. O. S. 58:

„es ist eine exceptio nicht nöthig; der judex privatus hat den Einfluß der lex Falcidia auf das Legat einfach in Gemäßheit der ihm ertheilten formula zu berücksichtigen."

---

[7]) Ueber den Satz: ipso jure compensatur, S. 59.

[8]) fr. 73, § 5, ad leg. Falc. 35, 2.

Allein ich muß es geradezu für eine Unmöglichkeit erklären, daß ein Römischer Geschworner auf Grund einer Formel wie „Si paret Nm. Ao. 100 dare oportere, condemna s. n. p. a.“, befugt gewesen wäre, ohne weiteres 25 abzuziehen und in 75 zu verurtheilen. Ein Römischer Geschworner hätte auf solche Weise seine Instruction in zweifacher Weise überschritten: einmal insofern er sich um Dinge gekümmert hätte, wovon nichts in der Formel stand; sodann weil er in 75 verurtheilt hätte, während es ihm lediglich zukam, entweder in 100 zu verurtheilen oder freizusprechen.

Auch steht Ubbelohde's Auffassung in grellem Widerspruch mit seiner eignen Ansicht, daß die exceptio doli, deren fr. 80, § 1, ad leg. Falc. gedenkt, nicht theilweise, sondern gänzliche Abweisung zur Folge gehabt hätte.

Jus im engern Sinne ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche der Prätor zur Anwendung zu bringen hat. Diese Bedeutung hat jus häufig in der Verbindung mit dicere [9]) und reddere [10]), und diese Bedeutung hat es auch in der Zusammenstellung ipso jure.

In dem Satze „legata per legem Falcidiam ipso jure minuuntur“ stehen also die Ausdrücke „per legem“ und „ipso jure“ nicht etwa tautologisch neben einander. „Ipso jure“ ist vielmehr eine nähere Bestimmung des „per legem“. Man kann den Satz so wiedergeben: die Legate werden durch das Falcidische Gesetz gemindert, und zwar ist dies ein Rechtssatz, den der Prätor selber zur Anwendung zu bringen hat; oder kürzer: die Minderung durch das Falcidische Gesetz nimmt der Prätor selber vor.

Ubbelohde a. a. O. S. 58 meint:

„das ipso jure bezeichne, wie der Legatar in Gemäßheit unmittelbar wirkender Rechtsvorschrift nicht mehr beanspruchen dürfe, als nach Abzug der Quart vonseiten der Erben für ihn übrig bleibt. Entspringt also aus dem Legate eine Forderung gegen den Erben, so ist dessen dare oportere oder dare facere oportere durch die unmittelbar wirkende Rechtsvorschrift so viel geringer geworden.“

Allein beneficia nemini obtruduntur. Schwerlich wird es den Römern in den Sinn gekommen sein, einem Erben, der sich gar nicht

---

9) Vgl. z. B. fr. 1, 10, 14, 18, 20 de jurisdictione 2, 1; fr. 1, § 1, si quis jus dicenti 2, 3; fr. 2, § 13, O. J. 1, 2; fr. 7, § 2, de off. proc. 1, 16.

10) fr. 11 de just. et jure, 1, 1; fr. 1 de div. temp. praesc. 44, 3.

darauf berufen hatte, die Wohlthat des Falcidischen Gesetzes angedeihen zu lassen.

Dieselbe Bedeutung, welche wir hier gefunden haben, hat ipso jure auch sonst. Ich beschränke mich darauf, dies an zwei Stellen zu zeigen.

Gaj. IV, 108.

Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

Das heißt: behauptete zur Zeit der Legisactionen der Beklagte, daß über die Sache schon einmal gestritten sei; so mußte der Prätor selber untersuchen, ob die Angaben des Beklagten richtig seien. Denn daß er die Anwendung gewisser Rechtssätze mit Hülfe der Exception dem Geschwornen übertrug, war damals noch gar nicht möglich.

fr. 21 de comp. 16, 2.

Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Hier ist „ipso jure compensari" gleichbedeutend mit „ab initio minus ab eo petitur". Also wenn z. B. der eine 100 einklagt, und der andere eine Gegenforderung von 25 geltend macht; so nimmt der Prätor diesen Abzug vor und gibt eine Formel auf 75.

Gewöhnlich übersetzt man ipso jure in dieser Stelle mit „von selbst"[11]). Allein dann hätte etwa „se ipso" dastehen müssen. Ipso jure bedeutet: durch das jus selber; das ist hier: durch den Inbegriff der Rechtssätze, welche der Prätor selber zur Anwendung zu bringen hat.

Man kann hier auch sagen, der Gegensatz von ipso jure sei ope exceptionis. Nur muß man diesen Gegensatz nicht im Ubbelohde-schen Sinne verstehen. Der Satz „legata per legem Falcidiam ipso jure minuuntur" von diesem Standpunkt aus betrachtet, bedeutet dann: es handelt sich hier um einen Rechtssatz, dessen Anwendung der Prätor nicht auf dem Wege der Exception dem Geschwornen überlassen darf, dessen Handhabung ihm vielmehr selber obliegt.

---

[11]) Vgl. z. B. Schwanert, die Compensationen, Rostock 1870, Seite 36 fgg.

Voigt a. a. O. S. 233 hat ganz richtig wahrgenommen, daß in den Quellen nirgends eine exceptio legis Falcidiae, sondern nur eine exceptio doli vorkommt. Wenn aber derselbe glaubt, daß es ursprünglich eine exceptio legis Falcidiae gegeben habe, die später allgemein als exceptio doli mali gefaßt worden; so dürfte diese Ansicht durch die obigen Ausführungen gleichfalls ihre Erledigung gefunden haben.

Hat sich somit herausgestellt, wie der fragliche Rechtssatz „legata per legem Falcidiam ipso jure minuuntur" dazu bestimmt war, den Kläger vor den Gefahren einer plus petitio in Schutz zu nehmen; so wollen wir uns jetzt ein wenig um den Beklagten bekümmern.

Denken wir uns wieder ein Vermächtnis von 100. Wir sahen: findet der Prätor den Abzug des Falcidischen Viertels für begründet, so gibt er eine Formel auf 75; findet er ihn aber unbegründet, so auf 100.

Wie nun, wenn die Sache zweifelhaft war: ob es überall zum Abzuge des Falcidischen Viertels kommen werde? Vielleicht hing alles von einem Hauptactivum ab, worüber ein Rechtsstreit schwebte [12]). Hier war freilich der Legatar sehr gut dran: er berief sich einfach auf das Testament, und das sicherte ihm 100 zu. Dagegen die Lage des Erben war ziemlich hoffnungslos. Der Prätor gab allerdings eine Klage auf 75, wenn der Erbe nachwies, daß es zum Abzug des Falcidischen Viertels kommen werde. Diesen Nachweis konnte im vorliegenden Falle der Erbe aber nicht erbringen. Also gab der Prätor eine Formel auf 100. Also war der Erbe um die Wohlthat des Falcidischen Gesetzes gekommen. Denn ein Rückforderungsrecht gab es ursprünglich, überhaupt nicht, und jedenfalls nicht beim certen Damnationslegat.

Diese Darlegung wird uns davon überzeugt haben, daß, wie der Legatar in dem Satze „legata per legem Falcidiam ipso jure minuuntur" Schutz gefunden hatte, daß er nicht mehr verlor, als das Falcidische Gesetz vorschrieb; so auch der Erbe Anspruch darauf hatte, daß ihm die Wohlthat des Falcidischen Gesetzes wirklich überall zu Theil wurde.

Hier griff daher der Prätor vermittelnd ein.

fr. 1 pr. Si cui plus 35, 3.

Si cui plus quam licuerit legetur et dubitari juste possit, utrum lex Falcidia locum habitura est nec ne,

[12]) fr. 1, § 4, Si cui plus 35, 3.

subvenit praetor heredi, ut ei legatarius satisdet, ut, si apparuerit eum amplius legatorum nomine cepisse quam e lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det dolusque malus ab eo afuturus sit.

Der Prätor gab also dem Erben einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, wenn mit Recht bezweifelt werden konnte, ob es zum Abzug des Falcidischen Viertels kommen werde. Ueber diesen Punkt behielt sich indes der Prätor Cognition vor[13]).

Dadurch hatte sich denn die Sache folgendermaßen gestaltet. So oft ein Erbe sich auf das Falcidische Gesetz berief, mußte, wenn der Legatar sich den betreffenden Abzug nicht gefallen lassen wollte, eine Voruntersuchung vor dem Prätor voraufgehen. Fiel diese dann dahin aus, daß die Sache wirklich zweifelhaft sei, so versagte der Prätor dem Legatar so lange die Klage, bis er die erforderliche Sicherheitsstellung geleistet hatte.

Und wie es zweifelhaft sein konnte, ob es zum Abzug des Falcidischen Viertels kommen, waren auch Bedenken der Art möglich, ob der Legatar überall etwas erhalten werde[14]).

Die Fideicommisse gehörten zur Zeit der Pandektenjuristen bekanntlich nicht vor den ordentlichen praetor urbanus, sondern ein eigenes Fideicommißgericht: den praetor fideicommissarius bezw. die Consuln[15]). Auch hier bildete die Berufung auf das Falcidische Gesetz eine Vorfrage, die zunächst erledigt werden mußte. Jedoch wurde hier mit der Untersuchung regelmäßig ein arbiter beauftragt[16]).

In späterer Zeit scheint für diese Vorfrage das Fideicommißgericht allgemein competent geworden zu sein. Wenigstens wird in einem Rescripte des Kaisers Caracalla vom Jahre 213 ein L e g a t a r in dieser Beziehung an den judex, qui de fideicommissis jus dicit verwiesen[17]). Wie es denn auch sonst nicht an Beispielen fehlt, daß dessen Zuständigkeit in das Gebiet der Legate hineinreichte[18]).

Darnach konnte denn jeder Erbe, von dem ein Vermächtnis ge-

---

[13]) fr. 1, § 3; fr. 4 pr. Si cui plus 35, 3.
[14]) fr. 1, § 11, Si cui plus 35, 3.
[15]) Gaj. II, 278. — v. Keller, Civilproceß, § 81.
[16]) fr. 1. § 5, 6, Si cui plus 35, 3.
[17]) c. 2 C. de us. et fruct. 6, 47.
[18]) fr. 78, § 6, Leg. III.

fordert wurde, zunächst Sicherheitsbestellung begehren; und diese Befugnis hat er auch da behalten, wo ihm später eine Rückforderungsklage zur Seite stand [19]). Wollte der Vermächtnisnehmer hierauf nicht sogleich eingehen, so bedurfte es zunächst einer Voruntersuchung, ob das Begehren des Erben begründet sei. Ehe dieser Punkt nicht in einer oder der andern Weise erledigt war, konnte es nicht zur Formelertheilung, bezw. zur Cognition in der Hauptsache, kommen. Das heißt mit andern Worten: die Berufung auf das Falcidische Gesetz war eine proceßhindernde Einrede.

Nach diesen Vorerörterungen will ich jetzt die Stellen betrachten, wo das Falcidische Gesetz mit unserer Mahnung in Berührung kommt.

fr. 78, pr. Leg. II. — Papinianus libro nono responsorum.

> Qui solidum fideicommissum frustra petebat herede Falcidiam objiciente, si partem interim solvi sibi desideraverit neque acceperit, in eam moram passus intellegitur.

Hier hat jemand Auszahlung eines Fideicommisses gefordert. Die Mahnung an sich ist gültig und wirksam. Denn woher kann der Fideicommissar wissen, daß der Erbe sich auf das Falcidische Gesetz berufen werde?

Sobald aber der Erbe der Forderung gegenüber das Falcidische Gesetz entgegenhält, macht er die Mahnung unwirksam.

Dieser Satz wird uns am leichtesten verständlich werden, wenn wir das petere zunächst auf eine Klagmittheilung beziehen.

Denn wenn einer Klagmittheilung gegenüber eine proceßhindernde Einrede vorgeschützt wird, so kann die Sache ja nicht vorwärts. Die Klagmittheilung wird gewissermaßen lahm gelegt. Es ist gerade so gut, als ob der Kläger die Klagmittheilung einstweilen freiwillig zurückgenommen hätte.

Aber auch einer einfachen Mahnung gegenüber wirkt das Vorhalten einer proceßhindernden Einrede genau ebenso. Der öconomische Zweck einer Mahnung ist Aufhebung der Obligation. Wird dieser Zweck nicht erreicht, so ist der natürliche Verlauf der: daß der Gläubiger zur Klagmittheilung schreitet. In diesem Vorwärtsschreiten sieht er sich aber jetzt gehemmt. Er sieht es kommen, daß der Schuldner,

---

[19]) fr. 1, § 9, Si cui plus 35, 3; fr. 31 ad leg. Falc. 35, 2.

wie er der einfachen Mahnung eine proceßhindernde Einrede entgegenstellte, so auch der Klagmittheilung gegenüber sich verhalten wird.

So erhalten wir denn den Satz: ein gemahnter Schuldner macht durch Vorschützen einer proceßhindernden Einrede die Mahnung unwirksam.

Zu beachten ist auch der Ausdruck „Falcidiam objiciente“. Papinian spricht nicht von einer exceptio legis Falcidiae.

Wie hat sich nun ein Fideicommissar zu verhalten, dem gegenüber der Erbe auf das Falcidische Gesetz Bezug nahm? Entweder er hat Sicherheit zu bestellen, oder eine Voruntersuchung zu beantragen.

Inzwischen, interim, d. h. bevor dieser Punkt auf die eine oder die andere Weise erledigt, konnte dann aber der Fideicommissar seine Mahnung auf drei Viertel beschränken. Und diese Mahnung war gültig, wenn nämlich der Erbe nur die Bezahlung des einen Viertels beanstandet hatte.

Ich gehe jetzt zu einer andern Stelle über.

fr. 3 pr. Us. 22, 1. — Papinianus libro vicesimo quaestionum.

> tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad judicem: sed puta legis Falcidiae rationem intervenisse.

v. Savigny[20]) findet es auffallend, daß Papinian in seiner Uebersicht der möglichen Fälle nicht einmal die Anstellung der Klage erwähne. Allein in dieser Beziehung ist der Ausdruck perveniatur „man kommt“ zu beachten. Denn ehe beide Theile in dem ersten Termine erscheinen, muß nothwendig die Klagmittheilung voraufgegangen sein. Der Gedankengang Papinian's ist darnach dieser. Es hat so leicht nichts zu sagen, daß beide Theile im ersten Termine erscheinen, ohne daß eine wirksame Mahnung voraufgegangen wäre: mag nun die Mahnung durch Klagmittheilung oder sonst wie erfolgt sein. Allein man setze, daß die Berechnung des Falcidischen Gesetzes dazwischen getreten sei. Dies hat man sich nicht etwa so zu denken, als ob der Erbe mutterseelenallein auf sein Stübchen ginge und sich hier im Kopfrechnen übte. Auf solche innerliche Vorgänge pflegten die Römischen Rechtsgelehrten keine sonderliche Rücksicht zu nehmen. Der Erbe hat sich dem Vermächtnisnehmer gegenüber auf das Falcidische Gesetz be-

---

[20]) System, Band VI., S. 83.

rufen. Und diese Aeußerung ist dazwischen getreten, d. h. zwischen Mahnung und ersten Termin. Dieser Punkt muß vor allen Dingen seine Erledigung finden; und erst wenn der Vermächtnisnehmer diesen Einwand des Erben etwa dadurch, daß er die erforderliche Sicherheit leistet, beseitigt hat, kann in der Sache selber verfahren werden.

Es liegt indes auf der Hand, daß mit solcher proceßhindernder Einrede leicht Misbrauch getrieben werden konnte. Deshalb verordneten die Kaiser Severus und Antoninus (198—211) fr. 89, § 1, ad legem Falcidiam 35, 2:

> usuras praestaturum eum, qui frustrationis causa beneficium legis Falcidiae imploravit.

Das Wort usuras in diesem kaiserlichen Rescripte umfaßt sowohl die Mahnungs= als die Litiscontestationszinsen. Die allgemeinere Ausdrucksweise ist deshalb gewählt, weil die Mahnung zwar wohl bei Fideicommissen, dagegen bei Legaten nur ausnahmsweise einen Anspruch auf Zinsen erzeugte[21]). Hier entstand der Zinsenanspruch regelmäßig erst von der Litiscontestation an. In c. 1 C. de us. et fruct. 6, 47, die ebenfalls von den Kaisern Severus und Antoninus herrührt, ist „seu fideicommissorum" interpolirt.

Der Sinn der Stelle, auf unsere Mahnung beschränkt, ist dann dieser.

Hat ein Erbe sich frustrationis causa auf das Falcidische Gesetz berufen, so soll dieser Fall eine Ausnahme von der Regel bilden, die Mahnung also nicht unwirksam werden.

Frustrationis causa heißt „um hinzuhalten". Dieser Ausdruck umfaßt also jedenfalls den Erben, der böswillig handelt: der recht gut weiß, daß es zum Abzuge des Falcidischen Viertels gar nicht kommen werde.

Wie nun aber, wenn er sich irrte? Hier kommt alles darauf an, wie der Ausspruch des arbiter, oder wer sonst die Sache zu untersuchen hatte, ausfiel. Fand der arbiter, daß juste dubitari possit, so war die Mahnung unwirksam. Fand er das Gegentheil, so hatte sich damit gleichzeitig herausgestellt, daß der Einwand frustrationis causa vorgebracht war.

Vielleicht gibt es indes keine Mittelfälle? Zwar fiel der Ausspruch des arbiter zu Ungunsten des Erben aus, aber bei solcher Sachlage hätten auch andere bedenklich sein können!

---

[21]) Gaj. II, 280.

Nun hat allerdings die gemeinrechtliche Doctrin sehr starke Neigung, derartige Mittelfälle, die alle Jubeljahr möglicherweise einmal zur Sprache kommen könnten, auf's sorgfältigste zu berücksichtigen. Allein sehr mit Unrecht. Denn auf diese Weise wird das Recht nur unnöthig verwickelt gemacht. Das einfache Recht gibt man Preis, und was man dagegen eintauscht, ist von sehr zweifelhaftem Werthe.

Darauf allein kann es ankommen, wie der Ausspruch des arbiter ausfällt. Dies wird bestätigt durch folgende Stelle.

c. 2 C. de us. et fruct. leg. 6, 47. — Imp. Antoninus A. libertis Cassiani. — 213.

Adversus eos, qui sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, notissimum est juris auxilium. Si igitur proposita stipulatione cavere cum satisdatione potestis, vos restituturos, quanto amplius, quam per eam legem licet, acceperitis, judex qui de fideicommissis jus dicit, solida vobis legata praestari jnbebit. Quodsi satisdationem implere non poteritis, arbitro dato certum dies vobis praefiniet, intra quem altera parte cessante partibus fungetur. Et si constiterit legi Falcidiae locum non esse, et usuras et fructus post litem contestatam percipietis.

Also si constiterit legi Falcidiae locum non esse, soll der Erbe von der Litiscontestation an Zinsen und Früchten erstatten. Es kommt mithin alles auf den Ausspruch des arbiter an. Der Ausdruck „legata morantur“ in dieser Stelle entspricht dem „frustrationis causa“ in fr. 89, § 1, ad legem Falcidiam.

Freilich handelt diese Constitution von Legaten, und deshalb auch nur von Litiscontestationszinsen. Allein von den Litiscontestationszinsen auf die Mahnungszinsen, und somit von der Litiscontestation auf die Mahnung zu schließen, dürfte hier um so mehr am Platze sein, als auch in dem mehrbesprochenen fr. 89, § 1, ad leg. Falc. der Ausdruck „usuras“ beide Arten von Zinsen umfaßt.

Die drei Rechtssätze, welche wir in den drei letzten Paragraphen gefunden haben, lassen sich alle auf den nämlichen Grundgedanken zurückführen.

Eine Mahnung, sei es nun die einfache, oder die Klagmittheilung, kann wieder rückgängig gemacht werden.

Dies ist z. B. der Fall, wenn der Kläger im ersten Termine ausbleibt, und der Beklagte auf Entbindung von der Instanz anträgt. Oder der Beklagte veranlaßt dadurch die Rücknahme der Mahnung, daß er dem Gläubiger eine Einrede entgegenhält.

Ist diese Einrede eine proceßhindernde, so bedarf es eines desfallsigen Entschlusses des Gläubigers gar nicht einmal; denn proceßhindernde Einreden hemmen schon von selber.

In Bezug auf die ersten beiden Sätze wird indes eine Ausnahme gemacht, wenn der Schuldner dolos handelte. Und ebenso darf die proceßhindernde Einrede nicht vorgeschützt sein, um hinzuhalten.

Bisher ist man sich des hier entwickelten Grundgedankens noch nicht bewußt geworden. Daher hat man die betreffenden Stellen auch gar nicht verstanden. Denn dem Satze, den man ihnen hat entnehmen wollen, stehen sie wahrlich sehr ferne.

§ 35.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Nichtwissen berufen? — Fortsetzung.

Den Satz, daß die Mahnung durch Vorschützen einer proceßhindernden Einrede wirkungslos gemacht werde, habe ich für das heutige Recht nicht weiter verfolgt. Denn die neueren Proceßgesetze sind den proceßhindernden Einreden sehr abhold. Entweder haben sie sie gänzlich abgeschafft, oder doch unschädlich zu machen gesucht.

So kennt z. B. die Wismar'sche Niedergerichtsordnung, § 44, 45, keine weitere proceßhindernde Einreden, als die Einrede des incompetenten Gerichtes, oder die Einrede, daß der Gegner zur Vornahme gerichtlicher Handlungen unfähig sei; und dabei ist es obenein Bedingung, daß diese Einreden sich auf notorische Verhältnisse stützen, oder durch Urkunden oder Eingeständnis des Klägers sofort liquide werden.

Die Berufung auf das Falcidische Gesetz ist heutzutage jedenfalls keine proceßhindernde Einrede mehr. Und so entsteht die Frage: wie sich dieser Einwand im heutigen Rechte ausnimmt?

Betrachten wir uns nun das Falcidische Gesetz seinem materiellen Gehalte nach, so ergibt sich Folgendes.

Wenn es zweifelhaft ist, ob der Erbe verpflichtet sei, die Vermächtnisse zu voll auszuzahlen, so kann er Sicherheitsbestellung verlangen. Ist es noch zweifelhaft, ob es überall zur Auszahlung der Vermächt=

nisse kommen werde, so muß die Sicherheit für das ganze Vermächtnis geleistet werden. Wo sich dagegen die Zweifelhaftigkeit nur auf einen Theil erstreckt, geht auch die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht weiter.

Wir werden weiter unten, § 57, sehen, daß überall da, wo der gemahnte Schuldner vom Gläubiger die Erfüllung einer Vorverpflichtung verlangen kann, dieses Verlangen des Schuldners die Stelle der Oblation vertritt, also die Mahnung unwirksam macht. Unter diesen Rechtssatz fällt heutzutage auch das Falcidische Gesetz.

Wo also die Sache zweifelhaft ist, ob es überall zur Auszahlung der Vermächtnisse kommen werde, muß der Schuldner wegen des ganzen Vermächtnisses Sicherheit fordern. Dadurch wird die Mahnung unwirksam gemacht.

Wo die Zweifelhaftigkeit sich nur auf einen Theil erstreckt, kann der Schuldner auch nur in Bezug auf diesen Theil Sicherheit verlangen. Will also in diesem Falle der Schuldner die Mahnung ganz und gar unwirksam machen, so muß er sich zur Zahlung des Vermächtnisses erbieten, so weit kein Zweifel obwaltet; im übrigen aber Sicherheit verlangen. Hier steht die Sache also schon etwas anders, als nach Römischem Recht.

Bestreitet der Vermächtnisnehmer die Zweifelhaftigkeit, so steht heutzutage nichts im Wege, daß er zur Klage schreitet. Dieser Klage gegenüber hat dann der Erbe seinen Anspruch auf Cautionsleistung geltend zu machen. Findet der Richter den Anspruch auf Cautionsleistung begründet, so verurtheilt er den Erben, daß er gegen Cautionsleistung zahle. Er verurtheilt ihn aber daneben nicht etwa in Mahnungszinsen, so weit es sich um den zweifelhaften Betrag handelt; denn er hat ja gefunden, daß die Weigerung des Schuldners gerechtfertigt war.

Spricht dagegen der Richter dem Erben die Berechtigung auf Sicherheitsleistung ab, so verurtheilt er ihn ohne weiteres in den eingeklagten Betrag nebst Mahnungszinsen.

Bei dieser Frage, ob juste dubitari possit, wird nun allerdings auch entschuldbares Nichtwissen des Erben in Betracht kommen können. Denn er kann in dieser Beziehung unmöglich zu mehr verpflichtet sein, als daß er entweder auf Eid und Gewissen ein Verzeichnis der Erbschafts-Activa und Passiva einreicht, oder ein förmliches Inventur- und Taxations-Protocoll aufnehmen läßt. Beides kommt aber in dieser Beziehung auf eins

hinaus. Denn auch bei einer Inventuraufnahme hat der Erbe ja nur nöthig zu versichern, daß er alles gewissenhaft angegeben, und Wesentliches nicht verschwiegen habe.

Nun denke man sich folgenden Fall. In der Inventuraufnahme fehlt eine Forderung von 1000, die der Erbe nicht gekannt hat, weil darüber keine Schuldverschreibung vorhanden war, und der Erblasser schlecht Buch geführt hat. Erst nach Jahren erlangt der Erbe von dieser Forderung Kenntnis. Hätte er diese Forderung beim Erbschaftsantritt schon gekannt, so wäre es gar nicht zweifelhaft gewesen, daß sämmtliche Vermächtnisse hätten zu voll gezahlt werden müssen.

Hier haben wir also einen Fall, wo entschuldbares Nichtwissen eine Mahnung unwirksam machen kann.

Indessen dieser Fall ist durchaus nicht geeignet, die von uns aufgestellte Regel umzustoßen. Wenn sich im vorliegenden Falle der Erbe auf entschuldbares Nichtwissen berufen kann, so bringt dies die Natur des Anspruches mit sich; die Mahnung selber ist hieran sehr unschuldig.

Denn überall, wo das Recht bei Zweifelhaftigkeit der Forderung einen Anspruch auf Sicherheitsleistung eingeräumt, hat es diesen Anspruch auf Sicherheitsleistung nur davon abhängig gemacht, daß der Schuldner ihn nicht doloser Weise, aus Chicane, geltend mache.

fr. 3, § 1, Ut in poss. 36, 4. — Ulpianus libro quinquagesimo secundo ad edictum.

> Nec non illa cognitio imploranda erit ab herede, si forte dicatur per calumniam satis peti: hoc enim commune est omnium satisdationum. divus enim Pius rescripsit eum, apud quem satis petitur, debere explorare, num per calumniam satis petatur: de qua re summatim debet cognoscere.

Die Regel, daß ein gemahnter Schuldner sich auf Nichtwissen nicht berufen darf, leidet also in dem Falle eine Ausnahme, wo das Recht dem Schuldner bei Zweifelhaftigkeit der Forderung einen Anspruch auf Sicherheitsleistung eingeräumt hat, und der gemahnte Schuldner diesen Anspruch geltend macht.

Mit andern Worten: das Recht schützt das entschuldbare Nichtwissen des gemahnten Schuldners so weit, als es ihm einen Anspruch auf Sicherheitsleistung beigelegt hat; nicht weiter.

Was übrigens das Falcidische Gesetz selber anbetrifft, so macht sich dasselbe im heutigen Rechtsleben wenig bemerkbar. Denn jeder

vorsichtige Notar pflegt in Testamenten, wo dies irgendwie erheblich werden könnte, die Clausel aufzunehmen: „ich verbiete den Abzug des Falcidischen Viertels.“ Gleichwohl mußte auf diesen Punkt genauer eingegangen werden, weil wir uns einerseits über den Grundgedanken, der hier die Entscheidungen des Römischen Rechts leitete, andererseits über die Veränderung, die hier das heutige Proceßrecht zu Wege gebracht hat, klar werden mußten.

§ 36.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Nichtwissen berufen? — Schluß.

Jetzt wären wir mit den Stellen bald zu Ende, auf die man den Satz hat stützen wollen, daß der gemahnte Schuldner sich auf Nichtwissen berufen könne. Wenigstens die jetzt noch nach, sind von sehr untergeordneter Bedeutung.

So meint Mommsen, S. 58, daß fr. 42 R. J. 50, 17 sich wahrscheinlich auf die Mora beziehe. Mir scheint dies sehr unwahrscheinlich zu sein.

Die Stelle rührt von Gajus her, ist dessen Commentar zum Provinzialedict entnommen, und lautet:

> Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur, deberetur. Fidejussores quoque non minus, quam heredes justam ignorantiam possunt allegare. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam, si agat; nam plane, qui agit, certus esse debet, quum sit in potestate ejus, quando velit, experiri; et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.

Daß diese Stelle mit unserer Mahnung nichts zu schaffen hat, scheint mir ziemlich auf flacher Hand zu liegen. Denn offenbar wird hier der Beklagte, als solcher, dem Kläger gegenüber gestellt; und auseinander gesetzt, daß zwar ein beklagter Erbe oder Bürge, nicht aber ein klagender Erbe sich auf Nichtwissen berufen könne.

Wie im übrigen diese Stelle zu erklären sei, ist eigentlich ziemlich gleichgültig, da der Inhalt des hier in Betracht kommenden Digestentitels, genau genommen, mehr aus juristischen Räthseln, als wirklichen

Rechtsregeln besteht. Doch findet sich auch schon eine recht gute Erklärung unserer Stelle bei Schulting und Smallenburg, Bd. VII., S. 825:

„Sed vide, an non possint haec accipi de jurejurando, de quo in ordine Edicti hoc loco Gajus videtur egisse, et quod heres etc. juste recusant."

Das Römische Proceßrecht kennt nämlich keinen Glaubenseid [1]). Wurde nun einem Erben über die Schuld des Erblassers, oder einem Bürgen über die Hauptschuld der Eid zugeschoben; so hatten sie weder nöthig, den Eid anzunehmen, noch ihn zurückzuschieben: es versagte also in diesem Falle das Beweismittel der Eidesdelation. Anders muß es sich aber verhalten haben, wenn der Erbe der Kläger war.

Weiter heißt es bei Mommsen, S. 59:

„Ferner müssen wir unter Umständen auch dann einen Entschuldigungsgrund annehmen, wenn der Schuldner den Umfang der Forderung nicht kennt."

„Darauf bezieht sich ohne Zweifel der Ausspruch des Venulejus in der L. 99 de R. J. 50, 17:

„„Non potest improbus videri, qui ignorat, quantum solvere debeat.""

Allein dieser Ausspruch des Venulejus bezieht sich ohne Zweifel nicht auf diese Frage. Mommsen muß so gefolgert haben. Den gemahnten Schuldner nennen die Römer improbus. Nun sagt hier Venulejus: der sei nicht improbus, welcher nicht weiß, wie viel er zahlen soll. Also ist eine Mahnung unwirksam, wenn der Schuldner den Umfang der Forderung nicht kennt.

Da indes die Römer den gemahnten Schuldner nirgends improbus nennen; so ist es klar, daß wir es hier mit einem Fehlschusse zu thun haben.

Ich möchte non improbus auf einen Beklagten beziehen, der processiren will, obwohl er die Schuld an sich einräumen muß; der processiren will, weil er über die Größe der Forderung im unklaren ist; der von diesem Gesichtspunkte aus den Calumnieneid geleistet hat [2]). Der Sinn der Stelle würde dann dieser sein. Einen Beklagten, der processirt, weil er über die Größe der Schuld im unklaren ist, obwohl

---

[1]) Pauli R. S. II, 1, § 4. fr. 11, § 2, act. rer. amot. 25, 2. Wetzell, Civilproceß, § 25.

[2]) § 1 J. de poena tem. lit. 4, 16.

er die Schuld an sich einräumen muß, sollen die poenae temere litigantium nicht treffen.

Anlangend die Sache selber, so meint Mommsen, S. 59:

„Dieser Entschuldigungsgrund ist namentlich dann anzuerkennen, wenn dem Schuldner selbst nicht die Mittel zu Gebote stehen, um über den Betrag der Forderung eine Kunde zu erhalten, wie z. B. bei einer Interpellation wegen Impensen."

Allein hier haben wir es mit einem Falle zu thun, wo der gemahnte Schuldner vom Gläubiger die Erfüllung einer Vorverpflichtung verlangen, und auf diese Weise die Mahnung unwirksam machen kann. Vgl. unten § 57.

Weiter heißt es bei Mommsen a. a. O.:

„und auch selbst dann ist das Eintreten einer Mora ausgeschlossen, wenn der Schuldner durch einen justus error zu der Annahme verleitet ist, daß der Gläubiger den Betrag der Forderung unrichtig angegeben habe."

Das ist falsch. Ist ein Gläubiger seiner Vorverpflichtung nachgekommen, hat er also in diesem Falle ordnungsmäßig Rechnung abgelegt, so hat er seine Obliegenheiten erfüllt. Will dann der Schuldner gleichwohl noch krakehlen, so thut er es auf seine eigne Gefahr.

Auch den andern Fall berührt Mommsen a. a. O., wenn der Schuldner selbst die Mittel in Händen hat, sich über den Betrag der Forderung die nöthige Kunde zu verschaffen; und meint, daß auch hier unter Umständen eine Entschuldigung zugelassen werde.

Allein in derartigen Fällen kann es sich höchstens um eine Frist handeln, die dem Schuldner einzuräumen wäre. Womit er sich hier sonst noch entschuldigen will, ist mir nicht recht klar.

Mommsen führt bei dieser Gelegenheit Stellen an, welche sich auf das Falcidische Gesetz beziehen. Indessen wir haben uns bereits sattsam davon überzeugt, daß sich der Erbe auf das Falcidische Gesetz nur berufen kann, si juste dubitari possit: wenn also der Schuldner noch nicht in der Lage ist, sich über den Betrag der Forderung die nöthige Kunde zu verschaffen.

Offenbar hat Mommsen hier ganz verschiedene Dinge mit einander verwechselt. Einem Erben, von dem die Auszahlung eines Vermächtnisses verlangt wird, muß natürlich zunächst Zeit gelassen werden, damit er sich von der Größe der Erbschaft überzeugen, nöthigenfalls ein Inventar aufnehmen kann.

Wenn dann dieses Inventar aufgenommen, fragt es sich weiter: ob es auf Grund dieses Inventars zweifelhaft ist, daß es zum Abzug des Falcidischen Viertels kommen werde; ob also der Vermächtnisnehmer nöthig hat, Caution zu leisten.

In ersterer Beziehung kann der Erbe nur Frist begehren, in zweiter Beziehung die Erfüllung einer Vorverpflichtung verlangen.

Weiter berührt Mommsen den Fall, wenn der Gläubiger mit der Mahnung einen Dritten beauftragt.

Nun ist bereits früher ausführlich entwickelt worden, daß der gemahnte Schuldner, so weit der Legitimationspunkt in Frage steht, sich allerdings auf Nichtwissen berufen kann. Aber selbst diesen Fall hat Mommsen ungeschickt behandelt. Es heißt nämlich bei ihm S. 60:

> „So wird z. B. ein Entschuldigungsgrund nicht angenommen werden können, wenn der Gläubiger sich zum Behuf der Interpellation eines Menschen bedient hat, dessen er sich, wie dem Schuldner bekannt, auch sonst häufig zu derartigen Geschäften bedient."

Das ist entschieden verkehrt. Auch dieser Mensch hat sich auf Verlangen des Schuldners zu legitimiren. Denn daraus, daß ein Gläubiger häufig beauftragte, folgt noch nicht, daß er es auch in dem zur Frage stehenden Falle that.

Die Worte „postea autem si cognoverit" in dem von Mommsen angeführten fr. 13 pr. Depositi 16, 3 bedeuten: nachdem Bevollmächtigter bezw. Erbe sich in rechtsgenüglicher Weise als solche ausgewiesen haben.

Endlich muß der Ausdruck frustrari herhalten. Mommsen S. 69:

> „Endlich spricht für die aufgestellte Ansicht der Umstand, daß die Mora in den Quellen wiederholt eine frustratio genannt wird; indem durch das Wort frustrari recht eigentlich das frivole Hinhalten des Gläubigers bezeichnet wird."

Nun kommt allerdings frustrari in der von Mommsen angegebenen Bedeutung vor. Allein dieses Wort ist doch nicht ein in dem Sinne, wie etwa dolus oder culpa, ausgeprägter Kunstausdruck: daß aus dem Gebrauch dieses Wortes etwas für den hier in Frage stehenden Satz gefolgert werden könnte.

Es werden immerhin seltene Fälle sein, daß jemand von dem Vorhandensein einer Schuld nichts weiß. Und was insonderheit die gemahnten Schuldner anbetrifft, so pflegen das meistens Leute zu sein,

die an dem Vorhandensein der Schuld, wegen der sie gemahnt werden, keinen Augenblick zweifeln. Warum sollten also die Römer hier nicht auch ab und an einmal von frustrari sprechen?

Mommsen führt fünf Stellen an, wo die Ausdrücke frustratio, frustrari, mit Bezug auf den gemahnten Schuldner gebraucht sein sollen.

Von diesen Stellen gehört fr. 5, § 20, Ut in poss. 36, 4 gar nicht hierher [3]). Und die vier andern Stellen sind Mommsen gar nicht einmal sonderlich günstig.

Denn in fr. 37 Mand. 17, 1 umfaßt der Ausdruck frustratio sowohl die Mora des Schuldners als des Gläubigers. Nun hält aber Mommsen selber die Verschuldung für kein Erforderniß der Gläubiger-Mora [4]).

In Bezug auf fr. 89, § 1, ad leg. Falc. 35, 2 haben wir uns bereits davon überzeugt, daß das „qui frustrationis causa imploravit“ dem „qui legata morantur“ in c. 2 de usuris et fruct. 6, 47 entspricht.

In fr. 3, § 4, Us. 22, 1 kümmern den Rechtsgelehrten ganz andere Dinge als gerade das Wissen des Schuldners.

Am allerungünstigsten ist aber fr. 19 de vi 43, 16. Denn hier nennt Tryphonin den gemahnten Schuldner einen frustrator debitor, während er ihn sich in einer Lage denkt, wo er die Mahnung unwirksam machen soll.

Zum Schluß will ich jetzt noch auf eine Stelle eingehen, die bereits einmal erörtert wurde [5]), nämlich fr. 82, § 1, V. O. 45, 1.

> Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus proinde ac si homo viveret. Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere.

Daß moram in dem Schlußsatze technisch zu nehmen sei, kann keinem Zweifel unterliegen.

v. Savigny [6]) legt ungebürlichen Nachdruck auf den Ausdruck maluit. Diese Ansicht ist bereits bekämpft worden.

v. Savigny bezieht ferner diesen Schlußsatz auf die Litiscontestation. Diese Erklärung ist möglich. Weit einfacher und natürlicher dürfte es aber sein, den Schlußsatz von der Klagmittheilung zu

---

3) Vgl. oben S. 16, 17.

4) a. a. O. S. 134, 135.

5) Siehe oben S. 33, 34.

6) System, Bd. VI., S. 82.

verstehen. Denn offenbar ist der Augenblick der Klagmittheilung der Zeitpunkt, wo der Schuldner sich zu entscheiden hat, ob er lieber processiren oder restituiren will. Unter dieser Voraussetzung würde der Sinn der sein: auch die Klagmittheilung wirkt als Mahnung, ohne daß dabei auf Wissen um die Schuld etwas ankommt.

§ 37.
In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Unmöglichkeit der Leistung berufen?

Das Ursprungsgebiet der Mahnung war die condictio auf res certa. In der Einführungsconstitution wird die Mahnung durch den Ausdruck culpa mitumfaßt. Daraus schlossen wir, daß die Einführungsconstitution sich den gemahnten Schuldner als um die Schuld wissend vorstellt. Daraus müssen wir ferner schließen, daß die Einführungsconstitution davon ausgeht, dem gemahnten Schuldner sei die Leistung möglich.

Eine derartige Annahme hat auch durchaus nichts Bedenkliches. Ist es doch sogar heutzutage etwas verhältnismäßig Seltenes, daß jemand Sachen verspricht, die er weder hat, noch sich verschaffen kann. Und was heutzutage eine Seltenheit, wird dies um so mehr in der alten Zeit gewesen sein.

Ferner pflegt die Rechtsbildung, wo sie in ihrer ruhigen Entwicklung nicht gestört wird, den Verlauf zu nehmen: daß sie sich zunächst an das anklammert, was gewöhnlich vorkommt, und das Ungewöhnliche unberücksichtigt läßt. So machten es in unserm Falle auch die veteres, als sie den Satz schufen „quoties culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem“: sie setzten voraus, daß der Schuldner um die Schuld wisse, und leisten könne; denn das ist eben, namentlich wo es sich um eine bestimmte Sache handelt, das Gewöhnlichste.

Ursprünglich hatte also die Mahnung Möglichkeit der Leistung zu ihrer Voraussetzung.

Wie ist dies aber später geworden, als die Wissenschaft beobachtete, daß auch da Mahnungen vorkommen könnten, wo dem Schuldner die Leistung nicht möglich sei? Wie ist dies namentlich später geworden, als die Mahnung auf Gebiete verpflanzt wurde, wo der erkennende Richter auf die Möglichkeit des Beklagten keine sonderliche Rücksicht zu

nehmen pflegt? Hat sich unsere Mahnung da etwa wie ein eigensinniges, störrisches Kind betragen, dem einmal in der Wiege von Möglichkeit der Leistung vorgesungen war, und das deshalb von diesem Erfordernis nicht lassen wollte? Oder verstand sie es, sich den jeweiligen Umständen anzupassen: war sie ein Kind, folgsam ihrer Mutter Obligation?

Ich habe bereits darauf hingewiesen, zu welchen Ungereimtheiten es führen würde, wenn man in dieser Beziehung für die Mahnung besondere Voraussetzungen aufstellen wollte. Diese Ungereimtheiten sind sogar so augenscheinlich, daß man keinen Anstand nehmen dürfte, das Corpus Juris zu berichtigen, falls es sich nicht willfährig erzeigen wollte. Und so kann ich denn den erst noch zu beweisenden Satz schon getrost vorweg nehmen.

Der gemahnte Schuldner als solcher kann sich auf Unmöglichkeit der Leistung nicht berufen; vielmehr hängt alles vom Inhalte der Obligation ab, ob und wie fern ein gemahnter Schuldner sich auf Unmöglichkeit berufen kann.

Zu einem ähnlichen Ergebnis ist bereits Mommsen, S. 61 fgg., gelangt; nur ist die Ausdrucksweise, deren dieser Schriftsteller sich bedient, die allerunglückseligste, die hätte erfunden werden können. Mommsen sagt nämlich:

„Wir müssen hier unterscheiden, ob die Unmöglichkeit, auf welche der Schuldner sich beruft, eine wahre, vom Recht anerkannte Unmöglichkeit ist, oder nicht."

Allein eine vom Recht nicht anerkannte Unmöglichkeit ist ein reines Unding. Es kommt lediglich darauf an, ob der das Erkenntnis sprechende Richter die Unmöglichkeit zu berücksichtigen hat, oder nicht. Eine vom erkennenden Richter nicht berücksichtigte Unmöglichkeit hört darum nicht auf, Unmöglichkeit zu sein. So z. B. pflegt der erkennende Richter bei Geldschulden auf die Unmöglichkeit des Beklagten gewöhnlich keine Rücksicht zu nehmen, sondern ihn gleichwohl zu verurtheilen. Daraus folgt aber nicht, daß wir es hier mit keiner wahren Unmöglichkeit zu thun haben können. Dieselbe wird nur vom erkennenden Richter noch nicht berücksichtigt, und macht sich erst in der Executionsinstanz geltend.

Ferner wird bei dieser Frage von Mommsen, und auch sonst vielfältig, auf fr. 137, § 4, V. O. 45, 1, Bezug genommen. Allein in dieser Hinsicht ist zu beachten, daß Venulejus, von dem diese Stelle

herrührt, sich hier nur mit der stipulatio auf certa res und certa pecunia beschäftigt. Und wenn Venulejus für diese Obligationengattung die Regel aufstellt: „et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet"; so ist es, wie schon der Ausdruck beweist, nicht entfernt die Absicht dieses Rechtsgelehrten gewesen, eine für sämmtliche Obligationen gültige Regel auszusprechen. Denn es gibt ganz entschieden Obligationen, wo sich der Schuldner auf eine difficultas berufen kann. Selbst die Stipulation ist nicht ausgeschlossen, wie z. B. fr. 55 A. E. V. 19, 1 beweist.

Wenden wir uns dann zur Sache selber, so haben wir drei verschiedene Unmöglichkeiten zu unterscheiden: die vollständige, die zeitliche und die örtliche.

Die vollständige Unmöglichkeit hebt entweder die Obligation auf, oder es tritt an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere.

Ist die Obligation aufgehoben, so ist eine Mahnung nicht mehr gedenkbar, da deren öconomischer Zweck ja gerade darin besteht, die Aufhebung der Obligation herbeizuführen.

Ist dagegen an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere getreten, was nicht bloß bei Verschuldung möglich[1]), so steht nichts im Wege, der Mahnung die Wirkungen beizulegen, die sie nach der Beschaffenheit der neuen Leistung noch haben kann.

Die zeitliche Unmöglichkeit verpflichtet den Gläubiger, entweder so lange zu warten, bis sie gehoben ist; oder es tritt auch hier an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere; oder diese Unmöglichkeit kümmert den erkennenden Richter gar nicht.

Ich habe z. B. bei jemand eine Sache deponirt, die diesem gestohlen wird. Muß der Diebstahl dem Depositar zugerechnet werden, so tritt an die Stelle der Sachleistung eine Schadensersatzleistung. Ist dagegen der Depositar für den Diebstahl nicht verantwortlich; so muß der Gläubiger so lange warten, bis der Depositar die Sache wieder erlangt hat.

Ein Gläubiger hat jemand zu seinem Etablissement in der Weise Geld geliehen, daß der Schuldner es zurückzahlen soll, sobald er hierzu im Stande ist, ohne sein Geschäft zu schwächen. Hier hat der Schuldner

---

[1]) Vgl. fr. 112, § 1, Leg. I.; fr. 25, § 2, ad S. C. Treb. 36, 1; fr. 28, qui et a quibus 40, 9.

eine wahre, vom erkennenden Richter zu berücksichtigende Einrede, so lange er das fragliche Geld nicht ohne Schaden seinem Geschäfte entziehen kann. So lange muß also der Gläubiger warten.

In der Regel freilich kümmert sich der erkennende Richter bei Geldschulden darum gar nicht, ob dem Schuldner die Leistung möglich ist oder nicht; sondern verurtheilt ihn so gut im einen, wie im andern Falle.

So weit sich nun der Schuldner dem erkennenden Richter gegenüber auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann, so weit ist die Mahnung entweder unwirksam, oder der Schuldner mindestens in der Lage, deren Unwirksamkeit herbeizuführen; oder sie gewährt dem Schuldner einen Fristanspruch. Im übrigen aber übt die Mahnung die Wirkungen, die ihr nach der Beschaffenheit der fraglichen Leistung zukommen.

Eine örtliche Unmöglichkeit ist dann vorhanden, wenn die geschuldete Sache an einem andern Orte sich befindet, als wo sie gefordert wird. In solchen Fällen ist der Gläubiger entweder verpflichtet, sich an den Ort zu bemühen, bezw. die Sache auf seine Gefahr und Kosten fortschaffen zu lassen, oder der erkennende Richter nimmt hierauf keine Rücksicht.

So weit nun ein Schuldner sich auf örtliche Unmöglichkeit berufen kann, macht er die Mahnung jedenfalls dadurch unwirksam, daß er Leistung an dem Orte anbietet, wo sich die Sache befindet. So weit das aber nicht der Fall, übt die Mahnung sofort ihre Wirkungen.

Jetzt will ich die zuletzt ausgesprochenen Sätze an den hier in Betracht kommenden Stellen näher entwickeln.

fr. 45 O. et A. 44, 7. — Paulus libro quinto ad Plautium.

> Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.

Hier ist der Sclave Stichus vom Schuldner freigelassen, die ursprüngliche Leistung also vollständig unmöglich geworden. Denn Freilassung wurde von den Römern der vollständigen Unmöglichkeit zugezählt [2]). Weil aber diese Unmöglichkeit vom Schuldner selber herbeigeführt ist, wird dadurch die Obligation nicht aufgehoben; es tritt

---

[2]) fr. 98, § 8, Sol. 46, 3; fr. 92 pr. eodem.

nur an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere. Und weil die Obligation nicht aufgehoben, ist auch noch Raum für unsere Mahnung', obgleich die ursprüngliche Leistung nicht mehr möglich. Die Wirkung der Mahnung besteht dann darin, daß sie den Schuldner für Zufall verantwortlich macht [3]).

fr. 17 de per. et com. 18, 6. — Pomponius libro trigesimo primo ad Quintum Mucium.

> sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.

Ein Käufer hat anfangs die Annahme der gekauften Sache verweigert. Der Verkäufer war also berechtigt, anderweitig darüber zu verfügen, sie z. B. anderweitig zu verkaufen [4]). Wenn nun aber, ehe es hierzu kam, so lange noch alles im alten Zustande war, der Verkäufer wieder vom Käufer gemahnt wurde, während also der Verkäufer sich frei machen konnte, quum posset se exsolvere: dann soll die Mahnung wirksam sein.

Hier ist allerdings die Wirksamkeit der Mahnung davon abhängig gemacht, daß dem Schuldner die Leistung in ursprünglicher Weise noch möglich war; allein doch nur deshalb, weil auch der Bestand der Obligation mit dieser Möglichkeit innig zusammenhing. Die Möglichkeit der Leistung hat hier durchaus nicht als ein der Mahnung eigenthümliches Erforderniß hingestellt werden sollen.

fr. 14, § 2, de const. pec. 13, 5. — Ulp.

> Sed et si quis certam personam fidejussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, ut Pomponius scribit. quid tamen si ea persona nolit fidejubere? puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est. quid si ante decessit? si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit vel in id quod interest vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem praestet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri.

In dieser Stelle haben wir es sowohl mit einer zeitlichen als vollständigen Unmöglichkeit zu thun. Ein Schuldner hat seinem Gläu-

---

3) So auch Mommsen a. a. O. S. 66.

4) fr. 1, § 3, de per. et com. 18, 6.

biger versprochen, daß sich der X für ihn verbürgen werde. X will aber nicht. Auf diese zeitliche Unmöglichkeit kann keine Rücksicht genommen werden, es müßte denn etwas Entgegengesetztes ausgemacht sein. Wenn nun aber X stirbt? Dann soll darauf gesehen werden, ob der Tod vor oder nach der Mahnung erfolgte. Im letzteren Falle soll der Schuldner noch haften. Es heißt ganz allgemein „mora interveniente“ und „nulla mora interveniente“. Es wird gar nicht darauf gesehen, ob der X sich auch verbürgen wollte. Man muß die Mahnung auch unter der Voraussetzung für gültig halten, wenn X die Verbürgung verweigert hätte. Also wenn der Schuldner sich überhaupt nicht, kann er sich auch der Mahnung gegenüber nicht auf zeitliche Unmöglichkeit berufen.

fr. 21 de her. vend. 18, 4. — Paulus.

> non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset (praecessisset).

Wer einen Sclaven versprochen, hatte ihn anderweitig verkauft. Auf eine derartige zeitliche Unmöglichkeit kann sich der Schuldner überhaupt nicht, also auch nicht der Mahnung gegenüber berufen [5]).

Eine indictio operarum, wie sie den Römischen Freigelassenen gegenüber vorgenommen wurde, war nichts anders als Mahnung. War nun der Freigelassene krank, so war die Ansage unwirksam. Auch das hängt hier mit der Beschaffenheit der Obligation zusammen [6]).

fr. 91, § 1, V. O. 45, 1. — Paulus.

> sin autem alienus (sc. servus) fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid hujusmodi acciderit: quam distinctionem et Julianus sequitur.

Wird ein fremder Sclave versprochen, und dieser vom Eigenthümer freigelassen, so geht die Obligation unter [7]); es müßte denn diese Freilassung nach der Mahnung erfolgen. Auch hier wird also die Mahnung ohne weiteres für wirksam erklärt: es wird nicht etwa darauf Rücksicht genommen, ob dem Schuldner die Leistung zur Zeit der Mahnung auch möglich war [8]).

---

[5]) So auch Mommsen a. a. O. S. 66.

[6]) fr. 15 pr.; fr. 23, § 1; fr. 34 de op. lib. 38, 1.

[7]) fr. 51 V. O. 45, 1.

[8]) Mommsen a. a. O. S. 61.

Dieselbe Bewandtnis hat es mit fr. 92 pr. Sol. 46, 3 und fr. 22, § 2, Leg. III[9]).

Ein Fall, welcher mit dem Vermächtnis einer fremden Sache eine gewisse Aehnlichkeit hat, ist der, wenn eine und dieselbe Sache mehreren Personen in der Weise vermacht worden, daß der Erblasser jedem das Ganze hat zuwenden wollen. So wie die Sache dem einen geleistet, entsteht hier dasselbe Verhältnis, wie bei dem Vermächtnis einer fremden Sache. Von einem solchen Falle sagt nun Pomponius

fr. 36, § 3, Leg. I.

> Si alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antequam interpellaretur ab altero Stichus mortuus est, heres non tenetur, quia nihil per eum factum intellegitur.

Hiernach wird der Erbe frei, wenn der von ihm dem einen Legatar bereits geleistete Sclave schon gestorben war, als der andere Legatar mahnte. Hätte also der Sclave damals noch gelebt, so hätte die Mahnung den Erben für Zufall verantwortlich gemacht. Der Erbe kann sich also weder überhaupt, noch auch der Mahnung gegenüber auf Unmöglichkeit der Leistung berufen. Denn es leuchtet ein, daß, wenn eine und dieselbe Sache Zweien vermacht wird, nur eine einmalige Leistung möglich ist. Die Auffassung der Römer war aber keineswegs die, daß die Aestimation als der ursprüngliche Gegenstand des einen Vermächtnisses zu betrachten wäre[10]). Wenn Mommsen[11]) dies auf Grund von fr. 33 Leg I. und fr. 20 Leg. III. anzunehmen scheint; so übersieht er, daß es sich hier um einen ganz andern Fall, nämlich ein dingliches Vermächtnis handelt.

Ich wende mich jetzt zur örtlichen Unmöglichkeit.

Ist die Obligation auf Uebergabe einer individuell bestimmten Sache oder Quantität gerichtet, so muß der Schuldner dort leisten, wo sich der Gegenstand der Obligation befindet.

fr. 38 de judiciis 5, 1. — Lucinius Rufinus.

> Quod legatur, si quidem personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est,

.fr. 12, § 1, Dep. 16, 3. — (Pomponius.)

---

[9]) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 61, 62 und auch Gajus II, 262.

[10]) Vgl. fr. 114, § 19, Leg. I.

[11]) Interesse, S. 92.

Diese Regel litt indes in dem Fall eine Ausnahme, wenn der Gegenstand vom Schuldner doloser Weise fortgeschafft war. Denn dann mußte die Leistung dort geschehen, wo der Schuldner verklagt wurde bezw. verklagt werden konnte.

fr. 38 de judiciis 5, 1.

nisi si dolo malo heredis subductum fuerit; tunc enim ibi dari debet, ubi petitur.

fr. 12, § 1, Dep. 16, 3. — Pomponius.

Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest, eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei judiciis.

Bei Vermächtnissen konnte ferner der Gläubiger nicht bloß dort, wo sich die Sache befand, sondern auch wo sie hinterlassen war, oder wo der Erblasser gewollt hatte, Leistung verlangen.

fr. 108 pr. Leg. I. — Africanus.

quoniam rem legatam eo loco praestare heres debeat, in quo a testatore sit relicta.

fr. 52, § 3, de judiciis 5, 1. — Ulpianus.

Si ea res quae per fideicommissum relicta est eo loci sit, dicendum est non debere praescribi ei qui petit, quasi major pars hereditatis alibi sit.

fr. 47 pr. § 1 Leg. I. — Ulp.

ibi esse praestandam, ubi relicta est, nisi alibi testator voluit,

ibi praestabitur, ubi relictum est, nisi alia mens fuit testantis.

Hatte aber der Erbe die Sache von dem Orte, wo sie hinterlassen war, doloser Weise entfernt; so mußte er dort leisten, wo er verklagt wurde, beziehungsweise verklagt werden konnte.

fr. 47 pr. Leg. I.

sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo ejus: nisi ibi praestetur ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine: ceterum si sine dolo, ibi praestabitur, quo transtulit.

Wenn sich also die Sache an einem andern Orte befand, oder an einem andern Orte hinterlassen war, als wo der Gläubiger den Schuldner belangen konnte; so mußte dieser sich ursprünglich an den

betreffenden Ort begeben, um dort die Leistung entgegenzunehmen. Später bildete sich der Rechtssatz, daß der Gläubiger damit gehört werden sollte, wenn er den Transport der Sache auf seine Gefahr und Kosten nach dem Orte hin verlangte, wo er klagen konnte. Zunächst bildete sich dieser Rechtssatz bei der actio ad exhibendum, Pomponius wandte ihn an bei gutgläubigen Obligationen, und African schon bei strengrechtlichen.

fr. 11, § 1, ad exhibendum 10, 4.

et Labeo ait ibi exhibendum, ubi fuerit cum lis contestaretur, periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci ubi actum sit.

fr. 12, § 1, Dep. 16, 3. — Pomponius.

sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur.

fr. 108 pr. Leg. I. — Africanus.

Si servus legatus vivo testatore fugisse dicatur, et impensa et periculo ejus cui legatus sit reddi debet.

Statt reddi ist wohl nach dem Vorschlage Th. Mommsen's reduci zu lesen.

Am weitesten ging man beim Legat eines Sclaven, der flüchtig geworden war.

fr. 8 pr. Leg. II. — Paulus.

Si quis servum heredis vel alienum legaverit et is fugisset, cautiones interponendae sunt de reducendo eo: sed si quidem vivo testatore fugerit, expensis legatarii reducitur, si post mortem sumptibus heredis.

Vgl. ferner fr. 39 pr. Leg. I.

Ist also ein legirter Sclave nach dem Tode des Erblassers flüchtig geworden, so soll der Erbe ihn auf seine Kosten wieder herbeischaffen. Es wird nicht unterschieden: ob die Flucht vom Erben doloser Weise veranlaßt war, oder nicht; wie man dies nach dem von Ulpian in fr. 47 pr. Leg. I. a. E. aufgestellten Princip vielleicht erwartet hätte.

Wie es sich mit dieser Frage im heutigen Recht verhalte, darauf kann hier nicht näher eingegangen werden. Neuerdings hat sich Reatz[12]) mit diesem Gegenstande beschäftigt. Gegen dessen Ergebnisse hat sich

---

[12]) Die Lehre vom Erfüllungsort, Gießen 1862.

indes Windscheid[13]) erklärt, und zwar unter Berufung auf Jhering[14]). Was das rein Römische Recht anbetrifft, so habe ich gegen Reatz unter anderm einzuwenden, daß derselbe, § 8—11, seiner Schrift, in den hier in Betracht kommenden Stellen das Wort „debere" statt mit „müssen" ganz ungenirt mit „können, dürfen" übersetzt.

Mir kann es hier nur darauf ankommen, nachzuweisen: daß die Römer in Bezug auf die örtliche Unmöglichkeit den gemahnten Schuldner gerade so wie jeden andern Schuldner behandelt, für die Mahnung also in dieser Beziehung keine besonderen Erfordernisse aufgestellt haben. Dazu sind aber obige Bemerkungen ausreichend.

Betrachten wir uns jetzt die Stellen, welche von unserer Mahnung handeln.

fr. 26, § 1, Leg. I. — Pomponius.

> Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quominus ibi ubi id esset traderet, si id postea sine dolo et culpa heredis perierit, deterior fit legatarii condicio.

Hier handelt es sich um das Legat einer bestimmten Sache. Es hat nicht am Erben gelegen, daß er die Sache nicht dort, wo sie sich befand, tradirte. Der Erbe war z. B. gemahnt, und hatte sich darauf bereit erklärt: die Sache an dem Orte zu tradiren, wo sie sich befand. Die Mahnung erfolgte vielleicht zu Rom, während die Sache zu Ephesus war. Der Erbe that hier alles, was von ihm verlangt werden konnte. Denn dem in Rom mahnenden Gläubiger gegenüber durfte er sich nach Inhalt der Obligation auf örtliche Unmöglichkeit berufen, da es sich um eine bestimmte Sache handelte, die in Ephesus war. Geht also nachher die Sache durch Zufall zu Grunde, so trägt der Legatar den Schaden.

fr. 47 pr. Leg. I. — Ulpianus.

> Cum res legata est, si quidem propria fuit testatoris et copiam ejus habet, heres moram facere non debet, sed eam praestare.

Die Worte si — copiam ejus habet bedeuten: wenn die Leistung örtlich möglich ist. Also wenn die Leistung örtlich möglich, darf der Erbe die Mahnung nicht unbeachtet lassen. Die Wirkung der Mahnung hängt mithin davon ab, daß die Leistung örtlich möglich

[13]) Pandekten, Bd. II., § 282, Anm. 5.

[14]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. IV., S. 421, 427, 428.

war. Allein wie wenig Ulpian daran dachte: örtliche Möglichkeit als ein besonderes Erfordernis der Mahnung hinzustellen; können wir dem Umstande entnehmen: daß Ulpian gerade in dieser Stelle weitläufig auseinandersetzt, in wie fern ein Legatar sich nach Inhalt der Obligation auf örtliche Unmöglichkeit berufen könne.

Statt eam praestare findet sich in vielen Handschriften: eam absque mora praestare qua intercedente usuras et omnem utilitatem praestandam Sabinus ait. Allein zweifellos ist dies ein unechtes Einschiebsel, wie Th. Mommsen richtig bemerkt. Auch in der Kriegel'schen Ausgabe ist es schon weggelassen. Wie der Textfälscher darauf verfallen mochte, sich gerade auf Sabinus zu berufen, findet wohl seine Erklärung durch fr. 38, § 7, Us. 22, 1.

fr. 5 R. C. 12, 1. — Pomponius.

> Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne.

Statt quominus esset vermuthet Th. Mommsen quominus sit.

Der Ausdruck potestas in dieser Stelle kann sich nur auf die örtliche Möglichkeit beziehen, da die geschuldete Sache noch als existirend vorausgesetzt wird. Zur Wirksamkeit der Mahnung im vorliegenden Fall verlangt demnach Pomponius, daß die Leistung entweder örtlich möglich, oder die örtliche Unmöglichkeit durch Dolus des Schuldners herbeigeführt war. Mit andern Worten: die Mahnung hat in dieser Beziehung keine selbständigen Voraussetzungen, sondern richtet sich ganz nach dem Inhalt der Obligation. Denn wovon hier Pomponius die Wirksamkeit der Mahnung abhängig macht: genau dasselbe gibt er anderswo, ohne Rücksicht auf Mahnung, beim Depositum als Inhalt der Restitutionsverbindlichkeit an. „Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est[15])."

Die zuletzt besprochene Stelle ist von Mommsen und auch sonst wesentlich misverstanden worden.

So meint Mommsen, S. 62, die Worte „in potestate tua fuerit id nec ne" dürften gewiß nicht bloß auf die dauernde Unmöglichkeit bezogen werden. Allein nach dem ganzen Zusammenhang können diese Worte auf die dauernde Unmöglichkeit gar nicht bezogen werden.

---

[15]) fr. 12, § 1, Dep. 16, 3.

Das Versehen Mommsen's besteht also darin, daß er die fraglichen Worte auch auf die dauernde Unmöglichkeit bezieht. Dies geht noch deutlicher aus den Erörterungen auf Seite 66, 67, seiner Abhandlung hervor, wo ihm dann freilich der Ausdruck dolus malus sehr störend wird.

Auf S. 68 a. a. O. ist Mommsen zu folgendem allgemeinen Ausspruche gelangt:

„Die Entscheidung der Frage, ob eine verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit anzunehmen ist, wird daher meines Erachtens auch in der hier zur Frage stehenden Beziehung davon abhängen müssen, welcher Grad der Culpa in dem zur Frage stehenden obligatorischen Verhältnis zu prästiren ist. Dies dürfte auch nicht nur für den Fall gelten, wenn es sich um eine dauernde Unmöglichkeit der Leistung handelt, sondern ebenso sehr, wenn der Schuldner, um den Vorwurf der Mora von sich abzuwenden, sich auf eine zeitweilige, zur Zeit der Anstellung der Klage vielleicht schon beseitigte Unmöglichkeit beruft."

Im allgemeinen ist dieser Satz richtig [16]), obwohl Mommsen bei näherem Nachdenken hätte finden müssen, daß derselbe nicht ganz in Einklang steht mit dem, was er, S. 32, über die unmittelbar auf das Interesse gerichteten Obligationen gesagt hat. Hier liegt in der That ein Widerspruch vor, der auch durch das, was Mommsen S. 65 a. E. und S. 66 i. A. sagt, keineswegs gehoben wird.

Ferner ist die örtliche Unmöglichkeit auszunehmen; denn hier wurde in dieser Beziehung, und zwar nicht bloß von Pomponius, abgesehen vom flüchtigen Sclaven, nur auf dolus Rücksicht genommen.

Endlich ist von der zeitweiligen Unmöglichkeit der Fristanspruch des gemahnten Schuldners auseinander zu halten.

Doch ich will erst noch etwas bei der örtlichen Unmöglichkeit verweilen, und bei dieser Erörterung fr. 12, § 1, Dep. zu Grunde legen.

Es deponirt jemand, der in die Provinz verreisen will, eine Sache bei einem Freunde in Rom. Mag der Freund ihn nun falsch verstanden haben, oder aus welchem Grunde sonst, jedenfalls aber ohne Dolus, schickt er nach Verlauf von einiger Zeit dem Deponenten die Sache in die Provinz nach. Mittlerweile ist der Deponent schon wieder zurückgekehrt und fordert die deponirte Sache. Die Mahnung ist an

---

[16]) Vgl. auch Windscheid, Pandekten, § 277, Anm. 7.

sich wirksam, denn woher kann der Deponent wissen, daß die Sache sich in der Provinz befindet? Aber der Depositar kann die Mahnung dadurch unwirksam machen, daß er sich bereit erklärt, in der Provinz zu erfüllen. Vielleicht aber verspürt der Deponent keine Lust: auf's neue wieder in die Provinz zu reisen, oder dort jemand mit Empfangnahme der Sache zu beauftragen; er verlangt daher vom Depositar: daß dieser auf seine, des Deponenten, Gefahr und Kosten die Sache aus der Provinz zurückkommen lasse. Durch diese Replik wird dann die Einrede des Depositars wieder beseitigt.

Was dann die Behauptung anbetrifft, daß von der zeitlichen Unmöglichkeit der bloße Fristanspruch auseinander zu halten, so sei hier nur dies bemerkt.

Es gibt Fälle, wo der gemahnte Schuldner nach Inhalt der Obligation unter der Voraussetzung eine Frist beanspruchen kann, daß er kein Geld hat. Hier geht also die Mahnung nur unter der Voraussetzung auf sofortige Zahlung, daß der Schuldner das Geld wirklich bereit hat. Im übrigen aber darf der Gläubiger zunächst nur fordern, daß der Schuldner das Geld binnen einer den Umständen angemessenen Frist anschaffe. Die Wirksamkeit der Mahnung ist indes nicht dadurch bedingt, daß dem Schuldner die Anschaffung des Geldes gelingt. Und wie wenig man in diesen Fällen sagen kann, der Schuldner sei berechtigt, sich auf zeitliche Unmöglichkeit zu berufen, ergibt folgende Betrachtung.

Ein Depositar, dem die deponirte Sache ohne sein Verschulden gestohlen worden, kann sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen. Daraus folgt, daß der Gläubiger so lange warten muß, bis die zeitliche Unmöglichkeit gehoben ist. Würden nun die Fälle, wo der Schuldner unter gewissen Voraussetzungen lediglich Anspruch auf Frist hat, mit den Fällen auf gleicher Stufe stehen, wo sich ein Schuldner auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann; so würde ja dieser Schuldner nicht bloß Anspruch auf Frist haben, der Gläubiger würde vielmehr so lange warten müssen, bis die zeitliche Unmöglichkeit aufgehört hätte.

Mit diesen Fällen, wo der Schuldner lediglich Anspruch auf Frist hat, hat es in der That eine ganz andere Bewandtnis; wir werden uns hiermit in einem andern Zusammenhange noch näher beschäftigen[17]. Denn die Frist wird hier auf folgende Weise bemessen. Man muß

---

[17]) Vgl. unten §§ 47—49.

sich die Frage beantworten: wie lange Zeit ist erforderlich, daß ein Schuldner, der das geschuldete Geld nicht liegen, wohl aber Credit hat, sich solches verschaffe?

Diese Fälle mit denen zusammen zu werfen, wo der Schuldner sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann, dazu mag man auf folgende Weise gelangt sein.

Man hat sich die Sache so gedacht. Eigentlich muß der Schuldner an dem bestimmten Tage, z. B. am 6. Mai, zahlen. Aber wenn er nun das Geld nicht liegen hat? Dann ist das Recht so griesgrämiger Natur nicht, sondern legt wohl noch eine kleine Frist zu.

Allein wo der Schuldner wirklich am 6. Mai zahlen muß, da hat er keinen Anspruch auf Frist. Von diesen Fällen sind aber die zu unterscheiden, wo ein am 6. Mai gemahnter Schuldner nur nöthig hat, das Geld anzuschaffen. Der Inhalt der Obligation ist hier nicht: Zahlung am 6. Mai. Vielmehr ist der Schuldner nur vom 6. Mai an zur Anschaffung des Geldes verpflichtet. Und wenn dem Schuldner dies nicht möglich ist, weil er keinen Credit hat, so kann er sich nicht auf zeitliche Unmöglichkeit berufen.

Aus Mommsen sind in dieser Beziehung folgende zwei Sätze beachtenswerth.

Es heißt S. 62:

„Nur unter ganz besonderen Umständen wird man vielleicht einem Umstande, obgleich er eine wahre Unmöglichkeit nicht begründet, doch insoweit einen Einfluß gestatten können, als er das augenblickliche Eintreten der Mora hindert."

Ferner S. 63:

„Aber auch in solchen Fällen, in welchen eine eigentliche Unmöglichkeit der sofortigen Leistung nicht vorliegt, wird unter Umständen dem Schuldner aus Gründen der Billigkeit ein geringer Zeitraum zur Erfüllung der Obligation freigelassen werden können."

Hier hat Mommsen schon ganz richtig erkannt, daß die Grundsätze über die zeitliche Unmöglichkeit nicht ausreichen, um alle Erscheinungsformen zu erklären, auf die wir bei unserer Mahnung stoßen; daß es vielmehr einen von dieser zeitlichen Unmöglichkeit unabhängigen Fristanspruch des gemahnten Schuldners gibt.

Auf S. 63 macht Mommsen im Vergleich zu S. 62 auch schon Fortschritte. Denn während er zunächst nur „unter ganz besonderen Umständen" etwas von diesem Fristanspruch wissen will; läßt

er ihn auf S. 62 doch schon schlechtweg „unter Umständen“ „aus Gründen der Billigkeit“ zu.

Was es nun mit dieser Billigkeit auf sich habe, werden wir weiter unten sehen. Der Rechtstitel des gemahnten Schuldners ist, wie sich herausstellen wird, in dieser Beziehung gerade so vollwichtig, wie jeder andere Rechtstitel.

Weiter finden wir auf S. 62 bei Mommsen noch bemerkt:

„Demgemäß kann namentlich dann eine Mora nicht angenommen werden, wenn das Hindernis der Erfüllung am Gläubiger lag.“

Es muß also z. B. jemand da sein, dem gültig quitirt werden kann. Das gehört hier nur nicht her. Hier haben wir es mit den Voraussetzungen in der Person des Schuldners zu thun. Welche Voraussetzungen in der Person des Gläubigers vorhanden sein müssen, ist an einem andern Orte abzuhandeln, und von uns auch abgehandelt worden.

So hat sich denn dies ergeben: ein gemahnter Schuldner kann sich, um die Wirkungen der Mahnung abzuwenden, nur in so fern auf Unmöglichkeit der Leistung berufen, als dies der Inhalt der Obligation mit sich bringt.

§ 38.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner sich auf Unmöglichkeit der Leistung berufen? — Schluß.

Der Satz, den wir soeben gefunden haben, daß nämlich der gemahnte Schuldner, um die Wirkungen der Mahnung abzuwenden, sich nur in so fern auf Unmöglichkeit der Leistung berufen könne, als dies der Inhalt der Obligation mit sich bringe, ist übrigens, wie ich bereits im Eingange des vorigen Paragraphen angedeutet habe, dahin zu verstehen: daß der erkennende Richter, also der Richter, in so fern er das Erkenntnis spricht, nur in diesem Umfange die Unmöglichkeit der Leistung berücksichtige.

Wesentlich verschieden hiervon ist die Frage, in wie fern ein gemahnter Schuldner sich in der Executionsinstanz auf Unmöglichkeit der Leistung berufen könne. Auch in dieser Beziehung steht der gemahnte Schuldner wie jeder andere Schuldner da.

Beide Fragen werden nicht gehörig auseinander gehalten. Oft wird gar nicht einmal daran gedacht, daß eine Unmöglichkeit, die der

erkennende Richter vorläufig unberücksichtigt läßt, sich in der Executionsinstanz geltend macht. Sehr mit Unrecht. Denn gerade die Executionsinstanz ist so recht eigentlich der Tummelplatz für die zeitliche Unmöglichkeit.

Statt aber hieran zu denken, spricht Mommsen sogar von Unmöglichkeiten, die das Recht als solche nicht anerkennt!

Also wenn ein gemahnter Schuldner in aller Form Rechtens verurtheilt ist, 100 nebst Mahnungszinsen vom 14. Mai an zu zahlen, und der Executor sich beim Schuldner einstellt, kann derselbe sagen: ich habe nichts.

Auf diese Weise erscheinen dann freilich die Wirkungen der Mahnung wieder in Frage gestellt. Das ist aber keine Besonderheit der Mahnungswirkungen: solchen Gefahren ist jede Obligation ausgesetzt.

Denn wenn der gemahnte Schuldner wirklich nichts hat, die Execution also fruchtlos bleibt, der Schuldner auch nie wieder zu Kräften kommt; und nach dessen Tode sich niemand findet, der Lust hätte, dessen Erbschaft anzutreten: dann ist der Gläubiger nicht bloß etwa um seine Mahnungszinsen gekommen, sondern hat seine Hauptforderung obenein verloren.

Aber nicht bloß der Schuldner, welcher keine Executionsobjecte mehr hat, kann die Execution vereiteln. Es kann auch jeder Schuldner dadurch die Execution abwenden, daß er seine Zahlungen einstellt und um concursmäßige Einleitungen nachsucht. Und ebenso können von andringenden Gläubigern concursmäßige Einleitungen beantragt werden [1]).

So wenig nun der Umstand, daß sich in der Wohnung des Schuldners keine Executionsgegenstände vorfinden, die Wirkungen der Mahnung aufhebt; so wenig Einfluß hat hierauf die Zahlungseinstellung des gemahnten Schuldners, als solche.

Dies muß jetzt noch etwas näher auseinandergesetzt werden.

Es ist zu unterscheiden zwischen der dermaligen Masse und dem Schuldner.

Es steht dem Gläubiger frei, sich sowohl an die Masse, als den Schuldner zu halten.

Betrachten wir uns zunächst die Masse.

---

[1]) Vgl. für das Mecklenburgische Recht Trotsche, Civilproceß, zweite Auflage, Bd. II., § 188. — Nach gemeinem Recht ist der genauere Zeitpunkt, wann die Hemmung der Executionen eintritt, streitig. Vgl. Bayer, Concursproceß, § 27.

Ein Gläubiger hat am 14. Mai seinen Schuldner gemahnt; derselbe stellt am 1. Juni seine Zahlungen ein. Hier kann der Gläubiger seine Forderung nebst Mahnungszinsen vom 14. Mai an bei der Masse anmelden. So weit dann die Masse reicht, wird er wegen seiner Forderung befriedigt. Vielleicht erhält er alles mit den Mahnungszinsen auf Heller und Pfennig ausbezahlt, wenn seine Forderung ein Vorzugsrecht hatte.

Der Gläubiger hat aber vielleicht noch nicht gemahnt. Dann steht nichts im Wege, die Anmeldung gleichzeitig als Mahnung zu benutzen, und von der Anmeldung an z. B. Mahnungszinsen zu beanspruchen.

In Bezug auf die Mecklenburgische Praxis ist Trotsche, Civilproceß, 2. Auflage, Band II., § 213, S. 227 zu beachten:

> „Der Concurs sistirt den Zinsenlauf nicht, die Zinsen gehen vielmehr unter gleichem Range mit dem Capitale fort. — — — Auch scheint bei uns festzustehen, daß Verzugszinsen während des Concurses selbst dann laufen, wenn vorher eine mora nicht begründet gewesen. So weit die neueren Hypothekenordnungen normiren, leidet die Richtigkeit keinen Zweifel."

Zu beachten ist auch Tschierpe, Erörterungen zur Mecklenburger revidirten Hypothekenordnung über Landgüter, S. 205:

> „Die gemeinrechtliche Lehre, daß Verzugszinsen während des Concurses nicht fortlaufen, mithin um so weniger ihren Lauf beginnen, weil der Concurs eine nothwendige Suspension der Zahlung nach sich ziehe und jede Mora ausschließe, kennt mithin unser Gesetz nicht. Im Gegentheil regt das Diarium sogar die Frage an, ob nicht auch auf Capitalien, welche zinsenlos intabulirt stehen, z. B. bei Dotalforderungen, während des Concurses Zinsen verlangt werden dürften."

Was hier Tschierpe für eine gemeinrechtliche Lehre ausgibt, ist eben ein Truggebilde. Nach gemeinem Recht kann der Schuldner, um die Wirkungen der Mahnung abzuwenden, sich nur in so weit auf Unmöglichkeit der Leistung berufen, als dies der Inhalt der Obligation mit sich bringt. Und was namentlich die Mitgift anbetrifft, die, wenn der Ehemann in Vermögensverfall geräth, von der Ehefrau während bestehender Ehe zurückgefordert wird, so verhält es sich damit folgendermaßen.

Wir haben in dieser Beziehung von dem Grundgedanken auszugehen [2]):

„daß durch die anläßlich der Insolvenz des Mannes zu treffenden Vorkehrungen das Dotalverhältnis selbst nicht gelöst werden solle. Es dauert vielmehr juristisch fort, und jedem Ehetheile bleiben die Rechte gewahrt, die ihm entweder schon nach Dotalrecht, oder nach den besonderen Dotalverträgen für den Fall der später eintretenden Auflösung der Ehe zustehen."

Die Masse hat also die Mitgift sofort herauszugeben. Es darf hier auch nicht in Gemäßheit von L. un. § 7 C. de rei ux. act. 5, 13, zwischen unbeweglichen und sonstigen Sachen unterschieden werden, so daß die Masse letztere erst nach einem Jahre zurückzugeben hätte. Denn daß die Masse ein Jahr die Mitgift behielte, würde mit jenem Grundgedanken in Widerspruch stehen.

Kommt nun die Masse dieser ihrer Verpflichtung im Augenblicke der Anmeldung nicht sofort nach; so steht nichts im Wege, daß nicht die Anmeldung als Mahnung wirken könnte. Handelt es sich also um ein Mitgiftscapital, so müssen von der Zeit der Anmeldung an Mahnungszinsen erstattet werden. Jedoch bedingt der Grundsatz des heutigen Proceßrechtes; „ne eat judex ultra petita partium", daß diese Wirkungen der Mahnung bei der Anmeldung mitgeltend gemacht wurden.

Die Entscheidungen, welche sich über die hier erörterte Frage in Seuffert's Archiv finden, weichen von einander ab.

So hat z. B. das Obertribunal in Stuttgart folgenden Grundsatz aufgestellt [3]):

„Haben daher die Verzugszinsen vor Ausbruch des Concurses zu laufen begonnen, so ist der Anspruch des Gläubigers hierauf bis zu dem Zeitpunkte seiner Befriedigung rechtlich begründet."

Andererseits hat aber derselbe Gerichtshof ausgesprochen [4]):
„es können daher von der Concurseröffnung an keine Verzugszinsen mehr anfangen."

---

[2]) Czyhlarz, Dotalrecht, S. 485 fgg. — Vgl. auch Bechmann, Dotalrecht, Bd. II., S. 490 fgg. — Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 498. — fr. 22, § 8, fr. 24 pr. S. M. 24, 3; c. 29, 30 C. de J. D. 5, 12; Nov. 97 c. 6; c. 7 de don. i. v. e. u. 4, 20.

[3]) Seuffert's Archiv, VI., 117.

[4]) Seuffert's Archiv, XIII., 306; XX., 260.

Hiermit steht eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes in Darmstadt in Einklang [5]), das dann aber wieder für die Dotalforderung eine Ausnahme gemacht wissen will [6]).

Die Ansicht, daß „von der Concurseröffnung an keine Verzugszinsen mehr anfangen" können, wird vom Stuttgarter Obertribunal in folgender Weise begründet:

„Da mit der Eröffnung des Concurses dem Schuldner jede Zahlung untersagt wird, so ist derselbe an der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten rechtlich gehindert. Wo aber eine rechtliche Unmöglichkeit der Zahlung besteht, ist der Eintritt eines Verzugs ausgeschlossen."

Diese Entscheidung krankt zunächst an einer Unklarheit. Es wird nämlich gar nicht zwischen der Masse und dem Schuldner unterschieden. Und was dann die Masse anbetrifft, mit der wir es hier zunächst zu thun haben, so kann man doch wohl schwerlich von einem rechtlichen Hindernisse sprechen. Mich dünkt, der öconomische Zweck solcher Massen, so weit sie reichen, ist gerade der, daß die Verbindlichkeiten des Schuldners erfüllt werden sollen. Nun setze man einmal einen Fall, wie er doch auch vorkommt, daß die Masse zur Deckung sämmtlicher Anmeldungen vollständig ausreicht, dem Schuldner sogar noch ein Ueberschuß herausbezahlt werden kann. Was steht denn im Wege, daß sämmtliche Gläubiger hier auf ihre Anmeldungen die geforderten Mahnungszinsen erhalten? Weder ein factisches noch ein rechtliches Hindernis.

Wir können sogar bei den gewonnenen Ergebnissen gar nicht einmal stehen bleiben, sondern müssen auch den Fall in's Auge fassen: wo die Mahnung zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht zulässig war, weil es der Obligation noch an der erforderlichen Reife fehlte. Denn will ein Gläubiger von der dermaligen Masse nicht ausgeschlossen sein, so muß er auch etwaige künftige Forderungen spätestens vor dem Präclusivbescheide anmelden; und dies gilt auch von den Wirkungen einer erst künftig möglichen Mahnung.

Denken wir uns folgenden Fall. Eine Rostocker Maschinenfabrik übernimmt für einen Russen die Herstellung eines Dampfers. Es wird ausbedungen, daß der Russe am 16. Mai den Dampfer in Rostock in Empfang nehmen soll. Bereits im Januar wird aber schon über das Vermögen des Rostocker Fabrikanten der Concurs eröffnet.

---

[5]) Seuffert's Archiv, X., 323.

[6]) Seuffert's Archiv, XVIII., 25.

Hier ist der Russe berechtigt, wie verpflichtet, seine Schadensersatzforderungen bereits im Januar bei der Masse unter der Voraussetzung anzumelden, daß seine Mahnung am 16. Mai wirkungslos bleiben sollte [7]).

Wenden wir uns jetzt von der Masse zum Gemeinschuldner selber, so ist hier folgender Satz an die Spitze zu stellen: so weit die Masse die Schulden nicht bezahlt, bleibt der Schuldner verpflichtet. Ihn treffen also auch die rechtlichen Wirkungen einer Mahnung, so fern dieselben durch die Masse nicht ausgeglichen sind. Und es kann keinen Unterschied machen: ob die Mahnung vor der Concurseröffnung, gleichzeitig mit der Anmeldung, oder erst später erfolgte. Im letztern Falle muß jedoch vorausgesetzt werden, daß die erst später mögliche Mahnung durch Anmeldung vor dem Präclusivbescheide reservirt wurde.

Wenn nun aber der Gläubiger seine Forderungen bei der Masse gar nicht angemeldet hat? Hier steht die Sache zunächst dann sehr einfach, wenn dem Gemeinschuldner das beneficium cessionis bonorum nicht eingeräumt ist, weil nichts hindert, einen solchen Schuldner jeder Zeit zu mahnen.

Ist dagegen der Gemeinschuldner zum beneficium cessionis bonorum zugelassen, so hat er so lange Ruhe vor seinen dermaligen Gläubigern, bis er ein neues und nicht unbeträchtliches Vermögen erworben hat (si quid postea pinguius accesserit). Von diesem Umstande hängt das Nachforderungsrecht jener Gläubiger ab, und diesen Umstand haben sie daher thatsächlich zu begründen, so wie eventuell zu beweisen [8]). Daraus folgt, daß ein solcher Schuldner von seinen früheren Gläubigern so lange, bis dieser Umstand eingetreten, auch nicht wirksam gemahnt werden kann.

In so fern ist es also keineswegs gleichgültig, wenn ein des beneficium cessionis bonorum theilhaftig gewesener Gemeinschuldner später wieder zu Kräften kommt: ob die Gläubiger die Anmeldung im Concurse gleichzeitig als Mahnung benutzt, eventuell sich die Wirkungen einer künftigen Mahnung reservirt haben, oder nicht.

Jetzt ist noch auf eine eigenthümliche Ansicht Rücksicht zu nehmen,

---

[7]) Vgl. Bayer, Concursproceß, § 30.

[8]) Vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. IV., S. 91 fgg., Bd. VI., S. 73 fgg. — fr. 4, 6, 7 de cessione bonorum 42, 3; c. 7 i. f. C. qui bonis cedere 7, 71; c. 3 C. de bonis auct. jud. 7, 72; § 40 J. de act. 4, 6; § 4 J. de repl. 4, 14.

die Windscheid in seiner Recension von Mommsen's Unmöglichkeit, Heidelberger Kritische Zeitschrift von 1854, Bd. 2, S. 112, aufgestellt hat. Es heißt hier:

„Wie ist es aber, wenn der Schuldner alles Geld, welches er hat, wenn er sein ganzes Vermögen verliert? Der Verfasser hat diesen Fall nicht besonders hervorgehoben; ich glaube, daß in demselben, falls der Vermögensverlust ohne Schuld des Schuldners eingetreten ist, eine denselben befreiende Unmöglichkeit angenommen werden muß. Denn daß die Unmöglichkeit nur eine subjective ist, kann, da sie nicht von Anfang an vorhanden war, nicht schaden. Freilich ist die Befreiung des Schuldners keine definitive; aber wenn er neues Vermögen erwirbt, kann der Gläubiger nicht außer der Hauptschuld auch sein Interesse wegen Mora fordern. Dafür spricht auch das dem schuldlos zahlungsunfähigen Schuldner gewährte beneficium cessionis bonorum; es ist damit anerkannt, daß der Schuldner von seiner unverschuldeten Zahlungsunfähigkeit keinen Nachtheil haben dürfe."

Windscheid scheint also der Ansicht zu sein: als ob die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners für unsere Mahnung auch da von Bedeutung werden könnte, wo es gar nicht zu concursmäßigen Einleitungen gekommen ist. Ihm scheint vorzuschweben: als ob die Grundsätze über Gewährung des beneficium cessionis bonorum im Concurse sich auf die außerconcursmäßige Zahlungsunfähigkeit gewissermaßen analog anwenden ließen.

Windscheid gegenüber ist zunächst hervorzuheben: daß das beneficium cessionis bonorum durchaus nicht darauf angelegt ist, alle Nachtheile vom Schuldner abzuwenden; es soll ihm nur Ruhe verschaffen. Denn wenn eine Mahnung bereits vor Ausbruch des Concurses wirksam geworden war, werden deren Wirkungen durch Ausbruch des Concurses keineswegs gehemmt; und auch wo dies nicht der Fall, hängt es nur vom Gläubiger ab, wie er seine Anmeldung einrichtet, um den Schuldner, der wieder zu Kräften gekommen, die Nachtheile der Mahnung empfinden zu lassen.

Ferner ist folgender Satz in Buchka und Budde's Entscheidungen, Bd. 6, S. 75, sehr zu beachten:

„Eine Verhandlung und Entscheidung über das Recht des Cridars auf diese Wohlthat ist aber nur innerhalb des Concursverfahrens, nicht aber in einem Specialprocesse mit einem Gläubiger statthaft."

Dies geht schon um deswillen nicht an, weil das Corps der nichtausgeschlossenen Gläubiger diese Wohlthat auch dem Gemeinschuldner einräumen kann, der möglicherweise gar keinen Anspruch darauf hatte.

Endlich kümmert sich das Recht um die außerconcursmäßige Zahlungsunfähigkeit entweder gar nicht, oder jedenfalls nicht in der Weise, wie Windscheid meint.

Windscheid wirft die Frage auf: wie ist es aber, wenn der Schuldner alles Geld, welches er hat, wenn er sein ganzes Vermögen verliert?

Zunächst ist „alles Geld" und „ganzes Vermögen" keineswegs ein und dasselbe.

Wenn z. B. ein Millionär gegen hundert Thaler in Cassa hat, und diese ihm gestohlen werden; so hat derselbe zwar all' sein Geld, aber durchaus nicht sein ganzes Vermögen verloren.

Und was versteht Windscheid eigentlich unter Verlust des ganzen Vermögens?

Man pflegt im gewöhnlichen Leben unter „Vermögen" den Ueberschuß der Activa über die Passiva zu verstehen. Denken wir uns also einen Kaufmann, dessen Vermögen in diesem Sinne 10,000 Thaler betrüge. Derselbe Kaufmann unternimmt eine Speculation, bei welcher er 15,000 Thaler einbüßt. Hat Windscheid an Derartiges gedacht?

Allein um solches „Verlieren des ganzen Vermögens" kümmert sich das Recht zunächst gar nicht. Das Recht beschäftigt sich hier erst dann mit der Zahlungsunfähigkeit, wenn concursmäßige Einleitungen beantragt werden. Es kann ja sein, daß ein Kaufmann, der heute 15,000 verlor, morgen 20,000 gewinnt. Auch hat man gar kein Vermögen nöthig, um Schulden bezahlen zu können; es reicht hin, wenn man nur Credit hat. Gibt es doch Geschäftsleute, die zehn, zwanzig Jahre und länger mit Unterbilance arbeiten!

Oder hat Windscheid beim Verlieren des ganzen Vermögens vielleicht an das Verlieren sämmtlicher Activa gedacht?

Das sind nun freilich seltene Fälle, können aber doch vorkommen. Man denke an jemand, der im Begriff steht, nach Amerika auszuwandern, und der zu diesem Zwecke sein ganzes Activvermögen mit Ausnahme der Kleidungsstücke versilbert hat. Diesem wird in der Nacht vor der Abfahrt sein Geld und alle seine Kleidungsstücke gestohlen, so daß er nur das Hemd am Leibe behalten hat. Derselbe schuldete einem Schneider zehn Thaler. Diesem Schneider gegenüber

könnte also dieser Schuldner seinen Hemdezustand als „befreiende Unmöglichkeit" entgegen halten. „Denn daß die Unmöglichkeit nur eine subjective ist, kann, da sie nicht von Anfang an vorhanden war, nicht schaden."

Der Wirth hat Mitleid mit diesem Auswanderer im Hemdezustande. Er creditirt ihm, was er verzehrt, bis es zehn Thaler geworden sind. Wenn aber dann dieser Wirth seine zehn Thaler verlangt, so kann der Schuldner seinen Hemdezustand nicht als „befreiende Unmöglichkeit" entgegenhalten. Denn es ist ja nur eine „subjective" Unmöglichkeit, die, weil sie von Anfang an vorhanden war, schaden muß.

Mich dünkt: dieses Ergebnis spricht für, oder vielmehr gegen sich selber. Es ist vielmehr zu unterscheiden, wem gegenüber der Auswanderer sich auf Unmöglichkeit beruft: ob in seiner Vernehmlassung dem erkennenden Richter, oder in der Executionsinstanz dem Executor gegenüber. Was dann den erkennenden Richter anbetrifft, so verurtheilt er sowohl, wenn der Schneider, als wenn der Wirth klagt, ohne auf die Lage des Auswanderers Rücksicht zu nehmen. Der Executor berichtet dagegen sowohl im einen als andern Falle, daß er keine zur Execution geeigneten Sachen vorgefunden habe.

Dann wiederhole ich auch hier, daß durch Verlieren sämmtlicher Activa an sich noch gar keine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt wird. Gesetzt, der bestohlene Auswanderer wäre ein ordentlicher Mensch gewesen, dem es auch an wohlhabenden Freunden und Verwandten nicht gefehlt, dem es vielleicht nur einen Brief gekostet hätte, um sich wieder Geld zu verschaffen. Denn so lange jemand noch Credit hat, ist er nicht zahlungsunfähig. Um also zu ermitteln, ob eine außerconcursmäßige Zahlungsunfähigkeit ohne Verschulden des Schuldners eingetreten sei, würde man nicht bloß mit Windscheid darauf zu sehen haben, ob der Schuldner ohne seine Schuld „alles Geld", „sein ganzes Vermögen", sondern auch darauf, ob er ohne seine Schuld seinen ganzen Credit verloren habe. Das möchte Untersuchungen sehr delicater Art abgeben. Da ist mir denn doch das positive Recht, welches die Zahlungsunfähigkeit regelmäßig nur dann, und nur so weit berücksichtigt, als der Executor keine zur Execution geeigneten Gegenstände vorfindet, oder concursmäßige Einleitungen beantragt sind, weit lieber, als diese Windscheid'schen Phantasien.

Das Ergebnis dieses Paragraphen ist demnach: der gemahnte Schuldner steht in der Executionsinstanz gerade so da, wie jeder andere Schuldner.

Im vorigen Paragraphen sahen wir: daß der gemahnte Schuldner sich vor dem erkennenden Richter nur in so fern auf Unmöglichkeit der Leistung berufen könne, als dies der Inhalt der Obligation mit sich bringe.

Wenn aber in dieser Beziehung weder der erkennende Richter, noch der Executor die Mahnung besonders berücksichtigt, so folgt daraus, daß der gemahnte Schuldner, als solcher, sich nicht auf Unmöglichkeit der Leistung berufen kann.

In früheren Paragraphen fanden wir: ein gemahnter Schuldner kann sich nur in so fern auf Nichtwissen berufen, als das Recht dem Schuldner bei Zweifelhaftigkeit der Forderung einen Anspruch auf Sicherheitsleistung eingeräumt hat, also: in so weit der Inhalt der Obligation dies mit sich bringt.

Wir sahen in der Einleitung zu dieser Abtheilung: der Begriff der Verschuldung zerlege sich in die beiden Begriffe: Wissen um die Schuld und Möglichkeit der Leistung.

Wäre demnach Verschuldung eine Voraussetzung der Mahnung, so müßte ein gemahnter Schuldner sich stets auf Nichtwissen und Unmöglichkeit der Leistung berufen können.

Da wir nun gefunden haben, daß ein gemahnter Schuldner, als solcher, sich weder auf das eine noch das andere berufen kann; so ist damit bewiesen, daß Verschuldung keine Voraussetzung der Mahnung. Die excusationes a mora, von denen man in dieser Beziehung spricht, sind also nicht vorhanden.

Zur Befestigung des gefundenen Resultates will ich einerseits noch eine Reihe von Rechtssätzen zusammenstellen, mit denen der Satz, daß Verschuldung eine Voraussetzung der Mahnung sei, in Collision gerathen würde. Andererseits soll uns ein näheres Eingehen auf die bisherigen Ansichten die Ueberzeugung verschaffen, daß unser Hauptgegner die Unklarheit ist.

§ 39.

Zusammenstellung verschiedener Rechtssätze, mit denen der Satz, daß Verschuldung eine Voraussetzung der Mahnung sei, in Collision gerathen würde.

Meistens handelt es sich hier um Sätze, die uns im Laufe der Untersuchung bereits entgegengetreten sind, die also nicht erst bewiesen zu werden brauchen.

1. Wir fanden, § 11, wie bei den auf's Interesse angelegten Obligationen die Wirkung der Mahnung als Ausfluß eines höheren Princips erschien. Sie wirkte nur, wenn und so weit sie die Fälligkeit der Obligation herbeiführte. Und so weit sie die Fälligkeit herbeiführte, veranlaßte sie, daß die bisher nur auf's Interesse angelegte Obligation ihren vollen Inhalt erhielt.

Wäre nun Verschuldung eine Voraussetzung der Mahnung, so könnten auch die auf's Interesse angelegten Obligationen nur unter der Voraussetzung fällig werden, daß den Schuldner eine Verschuldung träfe. Wir müßten also in Stellen wie

fr. 1 pr. A. E. V. 19, 1.

Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur,

und ähnlichen stets hinzudenken: wohl gemerkt! dies gilt nur bei vorhandener Verschuldung auf Seiten des Schuldners. Wie willkürlich eine derartige Behandlung der Quellen wäre, bedarf keiner näheren Ausführung.

2. Wir fanden, § 12, daß bei denjenigen Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung vom Gläubiger aufgehoben werden können, die Mahnung, um wirksam zu sein, keineswegs nothwendig auf Seiten des Schuldners Verschuldung verlangte.

3. Eine an den Vertreter gerichtete Mahnung wirkt gegen den Vertretenen, ohne daß das Recht in der Person des einen oder andern Verschuldung verlangte. Vgl. § 23.

4. Eine an den Schuldner gerichtete Mahnung wirkt gegen den Bürgen, sofern nichts anders vereinbart worden. Vgl. § 25. Darauf daß dem Hauptschuldner die Leistung nicht möglich sei, kann keinenfalls etwas ankommen. Denn gerade da, wo wegen der Zahlungsunfähigkeit gefürchtet wird, und gerade für diesen Fall werden Bürgen angenommen.

5. Eine an den Erblasser gerichtete Mahnung wirkt gegen den Erben.

fr. 91, § 4, V. O. 45, 1.

itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum.

Es ist nicht etwa zu unterscheiden, ob der Erbe von der gegen den Erblasser gerichteten Mahnung wußte, oder nicht. Wäre es aber richtig, daß der Erbe um die Schuld wissen müsse; so käme man

folgerichtig dazu: auch Wissen um die gegen den Erblasser gerichtete Mahnung zu verlangen.

6. Mommsen, S. 319 und 322, hält gar dauernde Verschuldung für ein Erfordernis der Mahnung. Dann müßte z. B. Wahnsinn des Schuldners die bereits erfolgte Mahnung wieder unwirksam machen, was gewiß niemand wird behaupten wollen.

7. In fr. 3 pr. Us. 22, 1 sagt Papinian:

> tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad judicem.

Um eine Ausnahme von diesem Satze zu finden, greift er dann zu dem Falle, wo der Schuldner eine proceßhindernde Einrede vorschützt. Nun kommt es aber doch häufig genug zum Streit über Gültigkeit und Vorhandensein von Vermächtnissen, und häufig genug wird sich der Schuldner gerade hier auf entschuldbares Nichtwissen berufen können. Käme also hierauf wirklich etwas an, so hätte diese Ausnahme dem Römischen Rechtsgelehrten gar zu viel näher gelegen.

8. So weit es sich um den Legitimationspunkt handelt, kann sich der gemahnte Schuldner allerdings auf Nichtwissen berufen; jedoch muß er dann, wenn er von mehreren Forderungsprätendenten gleichzeitig gemahnt wird, um sich gegen die Nachtheile der Mahnung zu schützen, außerdem den geschuldeten Gegenstand deponiren [1]). Wäre nun der Satz, daß ein gemahnter Schuldner sich auf entschuldbares Nichtwissen berufen könne, allgemein richtig; so könnte er hier nicht zur Deposition verpflichtet sein. Denn gerade wo mehrere Forderungsprätendenten gleichzeitig auftreten, wird sein Nichtwissen regelmäßig ein entschuldbares sein.

Außerdem hat der Satz: daß der gemahnte Schuldner in Bezug auf den Legitimationspunkt sich auf Nichtwissen berufen kann, nur den Sinn: daß er berechtigt ist, diesen Umstand zum Gegenstand einer Mahnungseinrede zu machen. Wenn und so lange er dies unterläßt, treffen ihn allerdings die Nachtheile der Mahnung [2]).

9. Ferner wolle man Acht darauf haben, wie die Römer das Verhältnis zwischen Mahnung und Litiscontestation auffaßten. Die Litiscontestation wirkt anerkanntermaßen, einerlei, ob den Schuldner Verschuldung trifft oder nicht. Wäre nun Verschuldung eine Voraussetzung der Mahnung gewesen, so hätte selbst in so weit als Litis-

---

[1]) Vgl. Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. VI., S. 144.

[2]) Vgl. oben § 22 und unten § 57.

contestation und Mahnung gleiche Wirkungen haben, sehr häufig von Wirkungen der Litiscontestation die Rede sein müssen. Denn selbst wo auf Seiten des gemahnten Schuldners die fragliche Voraussetzung wirklich vorhanden war — er konnte sie ja leugnen und so dem Gläubiger processualische Unbequemlichkeiten verursachen. Derartigen Unbequemlichkeiten würde jeder Römische Gläubiger gern aus dem Wege gegangen sein, wo es sich nur um einen geringen Vermögensunterschied gehandelt hätte, also namentlich bei Zinsen und Früchten.

Nun faßt aber gerade hier das Römische Recht die Mahnung mehr wie eine Art Vorposten der Litiscontestation auf. Ihre Anschauung ist mehr die: bei den Obligationen, wo die Mahnung schon einen Anspruch auf Früchte und Zinsen erzeugt, brauchen wir uns in dieser Beziehung nicht mehr um die Litiscontestation zu kümmern.

Man beachte folgende Stellen.

fr. 38, § 7, Us. 22, 1. — Paulus.

> Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quodsi acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.

Also nicht von der Mahnung, wohl aber von der Litiscontestation an sollen bei der condictio auf certa res aus Stipulation Früchte zu erstatten sein.

Aehnlich wird es sich vor dem Justinian'schen Ausgleichungsgesetz für Legate und Fideicommisse in c. 2 C. Communia de leg. et fideicom. 6, 43, mit der condictio auf certa res aus Damnationslegat verhalten haben. Auf diese Weise erklärt sich folgende Stelle, die meines Erachtens vom Damnationslegat handelt.

fr. 39, § 1, Leg. I. — Ulpianus.

> Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit: et id in operis servorum vel vecturis jumentorum vel naulis navium dicendum. quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intellegendum erit. in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus: judex igitur usurarum modum aestimabit et statuet. ipsius quoque rei interitum post

moram debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio ejus praestatur. item partus ancillarum et, si servus fuerit legatus, et hereditas vel legatum vel quid per eum adquisitum sit heres praestare debet.

Hinter interitum will Krüger praestare einschalten, was von Th. Mommsen gebilligt wird.

Statt quid schlägt Th. Mommsen quidquid vor.

Der Ausdruck „deducuntur in petitionem" wird meistens, und, wie ich glaube, mit Recht auf die Litiscontestation bezogen [3]). Ulpian spricht also zunächst von den Wirkungen der Litiscontestation. Von der Litiscontestation an soll der Erbe Früchte u. s. w. erstatten müssen. Anlangend dagegen die Haftung für Zufall, so wird ebenso wie bei der Stipulation, schon ein früherer Zeitpunkt maßgebend, nämlich die Mahnung. Auch hier wird also anlangend Früchte u. s. w. nur deshalb auf die Litiscontestation Rücksicht genommen, weil die Mahnung in dieser Beziehung keine Wirkungen äußerte.

Weiter beachte man den Codextitel de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum 6, 47.

In c. 1 sind die Worte „seu fidecommissorum", wie wir bereits gesehen haben [4]), interpolirt. Ursprünglich enthielt also die Stelle den Satz: daß bei Legaten Zinsen und Früchte von der Litiscontestation an gefordert werden könnten. Denn beim Damnationslegat, das hier hauptsächlich in Betracht kam, äußerte die Mahnung in dieser Beziehung keine Wirkungen [5]).

Ebenso müssen in c. 2 bei einem Legate Zinsen und Früchte nach der Litiscontestation ersetzt werden. Daß bei dieser Stelle interpolirt sei, glaube ich nicht. Vielmehr mögen die Compilatoren, da schon im Urtext sowohl von Legaten als Fideicommissen die Rede war, dies für genügend gehalten haben.

Dagegen mit c. 3 muß wieder etwas vorgegangen sein. Wir sollen in diesem Titel zufolge der Ueberschrift von Zinsen und Früchten unterhalten werden, was hat also hier die Haftung für Zufall zu thun?

Und ebenso werden in c. 4 mindestens die Worte et fideicommissis interpolirt sein. Aber auch sonst steht diese Stelle in

---

[3]) Vgl. z. B. v. Savigny, System, Bd. VI., S. 115, 117.

[4]) Siehe oben, S. 367.

[5]) Gajus II, 280.

Widerspruch mit dem Pandektenrecht. Denn hiernach ist der Satz, daß anlangend die Früchte nicht auf den Zeitpunkt des Todes, sondern den der Litiscontestation gesehen werden soll, nicht einmal allgemein für das dingliche Vermächtnis, sondern nur für das Präceptionslegat richtig; wie dies einerseits durch fr. 86, § 2, Leg. I. und fr. 42 Us. 22, 1, und andererseits durch fr. 51 pr. fam. herc. 10, 2, bewiesen wird. Für das Vindicationslegat und dingliche Fideicommiß war in dieser Hinsicht der Zeitpunkt des Eigenthumserwerbes entscheidend.

Auf diese Weise erklärt sich denn auch ganz einfach, weshalb bei den gutgläubigen Obligationen der Zinsenanspruch nie mit der Litiscontestation in Verbindung gebracht wird [6]). Denn dieser Anspruch war schon immer vorher durch die Mahnung, die, wenn auch nicht anders, doch jedenfalls als Klagmittheilung der Litiscontestation voraufging, begründet worden [7]). Für die Litiscontestation war also in dieser Beziehung keine Arbeit mehr übrig.

Wenn nun diesem allem zufolge die Mahnung gleichsam als ein Vorposten der Litiscontestation betrachtet wird, sofern beide gleiche Wirkungen ausüben; so will nicht recht einleuchten, wie die Römer dazu hätten gelangen sollen, für erstere in subjectiver Beziehung härtere Voraussetzungen zu verlangen, als für letztere.

10. Endlich sei noch des A. D. H. G. B. gedacht. In dieser Beziehung bemerkt Wolff [8]) ganz richtig:

„Nach der Fassung aller vom Verzuge handelnden Artikel des A. D. H. G. B. und aus dem Umstande, daß nirgends auch nur der leiseste Anhaltspunkt gegeben ist, daß die Schuldlosigkeit des Debitors von den Folgen des Verzugs, namentlich auch in Bezug auf die Verpflichtung zur Zinsenzahlung soll befreien können, ist anzunehmen, daß darauf, ob der Verzug ein verschuldeter oder unverschuldeter ist, nichts ankommen kann."

---

[6]) Vgl. v. Savigny, System, Bd. VI., S. 156.

[7]) fr. 10, § 3, Mand. 17, 1; fr. 32, § 2, Us. 22, 1; c. 2 C. Depositi 4, 34.

[8]) Centralorgan, N. F., Bd. V., S. 465, 466.

§ 40.
Bisherige Ansichten.

Wie billig beginnen wir mit Schöman, der sich bislang hat gefallen lassen müssen, von der herrschenden Ansicht als Hauptketzer behandelt zu werden[1]).

Schöman hat seine Ansicht, daß die mora von Dolus und Culpa unabhängig sei, an drei verschiedenen Stellen auseinander gesetzt[2]). Ich beziehe mich hier auf das, was er in seinem Handbuche des Civilrechts über diese Frage gesagt hat.

Schöman legt mit Unrecht sehr viel Gewicht auf fr. 137, § 4, V. O. 45, 1, wie denn überhaupt die Art und Weise, wie dieser Schriftsteller seine Ansicht begründet, sehr viele Angriffspunkte darbietet.

In der Sache selber sagt Schöman dies.

Es gibt Fälle, wo der gemahnte Schuldner sich nicht auf Unmöglichkeit der Leistung berufen kann, obwohl ihn kein Verschulden trifft. Also ist eine wirksame Mahnung ohne die Voraussetzung der Verschuldung denkbar. Als Fälle dieser Art hebt Schöman, Handbuch II., S. 305 fgg., namentlich hervor:

„1) wenn man am Zahlungstage kein Geld hat, mag man gleichwohl noch in der vorhergehenden Nacht das zum Zahlen bestimmte durch Raub verloren haben, auch nun aller angewandten Mühe ungeachtet niemand finden können, der sich zum Vorstrecken versteht."

„2) wenn man eine fremde Sache zu geben versprochen hat, und diese der Eigenthümer nachher nicht verkaufen will, wobei zwar in Ansehung des Versprechens der Promissor immer in Schuld ist."

„3) wenn man durch plötzliche körperliche Gebrechen jeder Art gehindert wird, am Zahlungstage die Verbindlichkeit zu erfüllen, sei es auch durch Tod; im letzten Fall muß der Erbe haften, wie bei plötzlichen Gebrechen der Erblasser."

In subjectiver Hinsicht hält Schöman a. a. O. S. 331 fgg., daran fest, daß den gemahnten Schuldner mala fides treffen müsse.

---

[1]) Ueber die ältere Literatur vgl. v. Madai, § 1, und Esmarch, inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia, Gottingae 1852, § 1.

[2]) nämlich in seinem Handbuche des Civilrechtes, Gießen und Wetzlar, 1806, Bd. II., S. 291—342; in seiner Lehre vom Schadensersatz, Gießen und Wetzlar 1806, S. 10—67; und endlich in seinen Fragmenten, Jena 1814, S. 35—84.

Schöman steht also in sachlicher Beziehung ungefähr auf demselben Standpunkte wie Mommsen. Nur daß der eine Verschuldung nennt, was der andere nicht dafür hält. Und in dieser Beziehung hat Schöman einen ganz gesunden Gedanken ausgesprochen. Schöman sagt einfach: es gibt Fälle, wo die Mahnung wirkt, ohne daß dem Schuldner die Unmöglichkeit zur Verschuldung gereicht, und deshalb kann Verschuldung unmöglich eine Voraussetzung der Mahnung sein.

Nur ist Schöman, da er in subjectiver Beziehung das Erfordernis der mala fides aufstellt, auf halbem Wege stehen geblieben; und auch sonst bietet die Schöman'sche Begründung, wie schon bemerkt, manche schwache Seiten dar.

So hätte z. B. Schöman bei dem zweiten Beispiele gar die Einräumung nicht machen müssen: „wobei zwar in Ansehung des Versprechens der Promissor immer in Schuld ist." Man denke doch nur an Fälle folgender Art. Es verkauft jemand eine fremde Sache, nachdem er sich mit dem Eigenthümer zuvor einig geworden war; als aber erfüllt werden soll, wird der Eigenthümer wortbrüchig; oder ist plötzlich gestorben, und die Erbschaft noch nicht angetreten; oder die Erben sagen: sie wüßten von nichts. In Fällen dieser Art kann man dem Verkäufer doch unmöglich den Vorwurf der Verschuldung machen.

Gegen Schöman hat sich Ratjen[3]) erklärt und unter anderm, S. 9, dies geltend gemacht:

> „Si quis propter exiguas facultates suas rem promissam solvere non potest, culpa non vacat, et moram facit;"
>
> „Qui valetudine impeditus, quae per procuratorem fieri possunt, differt, moram facit; si vero libertus aegrotans operas praestare cessat patrono, sine mora est."

In ersterer Beziehung ist nun zuzugeben, daß viele Leute Schulden machen, ohne daß sie wissen, wovon sie es bezahlen wollen. Dies ließe sich vielleicht unter den Begriff der Verschuldung bringen. Ebenso gut könnte man aber auch von einer Verschuldung der Gläubiger sprechen, weil sie solchen Leuten Credit gegeben haben. Jedenfalls gibt es indes hier Fälle, wo der Begriff der Verschuldung schlechterdings nicht paßt. Man denke z. B. an die große Handelskrisis von 1857, wo selbst Millionäre mitunter nicht im Stande waren, ihren Verbindlichkeiten rechtzeitig nachzukommen.

---

[3]) de mora secundum juris Romani principia, Kiliae 1824.

Was dann den andern Punkt anbetrifft, so steht das gebrachte Beispiel mit der von Ratjen aufgestellten Regel in Widerspruch. Denn wenn ein Schuldner sich nur in so fern auf Krankheit berufen dürfte, als es sich um Leistungen handelt, die nicht von andern vorgenommen werden können; so müßte auch ein Freigelassener für Vertretung sorgen. Und ebenso müßten Dienstboten, die durch Krankheit verhindert sind, persönlich zuzuziehen, oder Lehrer, die durch Krankheit am Unterrichten verhindert, einen Stellvertreter schicken. Dies haben sie nun jedenfalls nicht nöthig. Nach Art. 60 des H. G. B. hat ein Handlungsgehülfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, für die Dauer von sechs Wochen sogar Anspruch auf Gehalt und Unterhalt.

Es kommt eben alles darauf an, in wie weit ein Schuldner nach Inhalt der Obligation sich auf Krankheit berufen kann: so weit, aber auch nur so weit, kann auch ein gemahnter Schuldner sich darauf berufen.

Dann sucht Ratjen noch ein Bedenken, welches ihm selber gekommen ist, zu beseitigen. S. 9:

> „Sententiam Schoemanni si quis fulcire velit, quia venditor, etiamsi ignoret, rem venditam esse alienam, ad evictionem praestandam tenetur, et sine culpa teneri videtur, in errore illum versari puto, quia culpam contrahit, qui nescit, quae scire debet."

Auf diese Weise ließe sich freilich der Begriff Verschuldung überall anbringen. Auf diese Weise könnte ich selber noch zum Anhänger der Verschuldungstheorie werden. Ich gehe davon aus: jeder Schuldner muß wissen, was er schuldig ist; folglich auch ein gemahnter. Das ist aber auch schon nach Ratjen zum Begriffe der Verschuldung genügend, denn culpam contrahit, qui nescit, quae scire debet.

Bei v. Vangerow, Pandekten, Bd. III., § 588, Anm. 1, S. 185, findet sich für die Voraussetzung einer Verschuldung Folgendes geltend gemacht:

> „Endlich mag auch noch zur Unterstützung unserer Ansicht die Bemerkung Platz finden, daß doch in der That die in unseren Gesetzen mit der Mora verknüpften Folgen derartig sind, daß ihre Annahme eine unbegreifliche Härte sein würde, wenn dabei nicht eine Verschuldung des Säumigen vorausgesetzt werden müßte — man denke nur z. B. an das im Falle der Mora, sogar bei judicia

stricti juris, Statt findende juramentum in litem! l. 5, § 4, de in lit. jur. 12, 3.

Die Stelle, welche v. Vangerow hier anführt, rührt von Ulpian her, ist dessen Edictscommentar entnommen und lautet:

> Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit, quia judex aestimare sine relatione juris jurandi non potest rem qnam non extat.

Statt stricti judicii vermuthet Krüger: stricti juris.

Statt relatione vermuthet Th. Mommsen delatione.

Ist denn aber wirklich in dieser Stelle das jusjurandum in litem als Folge einer Mahnung hingestellt? Der Geschworne soll ja doch nur deshalb zu diesem Mittel greifen, weil er wegen Untergangs der Sache keine Schätzung vornehmen konnte. War also die Sache noch vorhanden, so wäre es trotz Mahnung zu diesem Eide nicht gekommen [4]).

Und ist denn allemal dieser Eid ein so entsetzlicher Nachtheil für den Beklagten? Der Geschworne hatte hier die Sache ziemlich in seiner Gewalt [5]). Es kam alles darauf an, wie er diesen Eid handhabte. Und in dieser Beziehung wird er sich schwerlich durch seine jeweilige Laune haben leiten lassen: er wird vielmehr auf die Eigenthümlichkeit des jedesmaligen Falles Rücksicht genommen haben.

Im übrigen mögen mir zur Erklärung der fraglichen Stelle noch folgende Bemerkungen gestattet sein.

In fr. 3, § 2, Commodati 13, 6 wird uns von Ulpian eine alte Rechtsregel mitgetheilt, welche so lautet:

> In hac actione sicut in ceteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur, et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti (juris) litis contestatae tempus spectetur.

Diese Regel wird man für die alte Zeit buchstäblich zu nehmen haben. Bei den gutgläubigen Obligationen bildete also der Schätzungseid die Grundlage der condemnatio. Und wenn nach Pandektenrecht dieser Eid hier nicht immer mehr zur Anwendung kam, vielmehr auch Condemnationen ohne voraufgegangenen Schätzungseid Statt fanden; so wird man darin eine spätere Rechtsbildung erblicken müssen [6]).

---

[4]) fr. 6 de in litem jurando 12, 3.

[5]) fr. 4, § 2, 3; fr. 5, § 1, 2, de in lit. jur. 12, 3.

[6]) Näheres Bd. II., § 64.

Hand in Hand mit diesem Satze, daß der Schätzungseid die Grundlage der Condemnation bildete, ging ein anderer Rechtssatz, daß bei den gutgläubigen Obligationen der Streitgegenstand nach dem tempus rei judicandae, also nach der Zeit, wo das Urtheil zu sprechen war, abgeschätzt werden mußte. Denn mußte der Schätzungseid kurz vor der condemnatio erfolgen, so war es begreiflich, daß auch nach diesem Zeitpunkte geschätzt wurde.

Was bildete denn aber bei den stricti juris judicia auf res die Grundlage der condemnatio? Es ist doch ganz undenkbar, daß hier ein weitläufiges Beweisverfahren über den Werth der Sache sei eingeleitet worden. Ferner — weshalb hat hier der Geschworne sein Augenmerk auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zu richten? Es muß nothwendig etwas zu dieser Zeit geschehen sein, was dem Geschwornen als Anhaltspunkt für seine condemnatio diente und dienen konnte. Denn sonst wäre es ja ganz unbegreiflich, daß der Geschworne bei seiner Verurtheilung nicht die Zeit des Urtheils, sondern der Litiscontestation zu Grunde legen mußte. Weiter erinnere man sich einmal an den Satz, der schon anderweitig nachgewiesen ist, daß der Geschworne hier auch dann verurtheilte, wenn die Sache nach der Litiscontestation untergegangen war [7]). Woher kannte denn aber der Geschworne den Werth der Sache?

Ich habe schon früher meine Vermuthung dahin ausgesprochen, daß der Ursprung der Litiscontestation auf dem Gebiete der Condictionen zu suchen sei [8]). Meine Ansicht geht näher dahin: die condictio auf res certa war das Ursprungsgebiet der Litiscontestation. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachte man einmal die bekannte Stelle bei Festus v. Contestari, die so lautet:

> Contestari est cum uterque reus dicit: Testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.

Was bedeutet hier lis? v. Keller, Litiscontestation, § 1, nimmt dies Wort abstract und meint:

„die Zeugenaufrufung bezog sich auf das soeben geschehene ordinare judicium, d. h. auf das ganze in jure vollzogene Verfahren."

Allein offenbar sollen die Zeugen nicht das ordinare judicium,

---

[7]) Siehe oben, S. 33, 34.

[8]) Siehe oben, S. 74.

sondern, nachdem dies geschehen, litem bezeugen. Nun heißt lis aber auch die körperlich greifbare Sache, um die sich der Streit dreht. Ich erinnere z. B. an die praedes litis vindiciarum [9]). In dieser Bedeutung nehme ich hier lis. Darnach wäre denn Contestari litem: eine gegenseitige Bezeugung des Streitgegenstandes, d. h. der körperlich greifbaren Sache.

Jetzt wird uns klar geworden sein, warum bei den judicia stricti juris auf res der Geschworne bei der Verurtheilung auf den Zeitpunkt der Litiscontestation sah. Denn mag man nun annehmen, daß mit dieser gegenseitigen Bezeugung der Streitsache gleich eine Schätzung verbunden war, oder nicht; auf alle Fälle gewährte die Litiscontestation dem Geschwornen bei seiner Verurtheilung einen Anhaltspunkt. Es waren Zeugen vorhanden, die damals die Sache gesehen hatten. Und was diese gesehen hatten, darauf stützte der Geschworne seine Verurtheilung. Mochte in der Zwischenzeit mit der Sache geschehen sein, was da wollte; mochte sie inzwischen auch ganz zu Grunde gegangen sein.

Kehren wir jetzt zu unserm fr. 5, § 4, de in litem jurando zurück.

Auf dem nämlichen Gebiete, auf welchem die Litiscontestation ihren Ursprung nahm, entstand später die Rechtsregel: quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. So weit diese Regel anzuwenden war, mußte der Geschworne sein Augenmerk schon auf einen früheren Zeitpunkt richten. Wenn nun aber nach der Mahnung, jedoch bevor es zum Rechtsstreite kam, die Sache bereits zu Grunde gegangen war? Hier konnte eine gegenseitige Bezeugung der Streitsache nicht Statt finden, und hier stellte sich demgemäß das auf andern Gebieten bereits angewandte jusjurandum in litem ein.

Puchta [10]) läßt sich über unsere Frage so vernehmen:

„Die mora debitoris ist eine Rechtsverletzung, die aber das Eigenthümliche hat, daß sie keine culpa fordert. Ihre Voraussetzung ist auf Seiten des Schuldners eine fällige Schuld, deren Nichterfüllung lediglich an dem Schuldner lag, und die Mora tritt nicht ein, wenn er aus entschuldbarer Unkenntniß der Schuld oder ihres Betrags, oder aus wohlbegründetem Zweifel über ihre Existenz oder die Person des Gläubigers die Leistung verzögert.“

---

[9]) Gajus, IV, 94.

[10]) Pandekten, § 269.

Wir gingen bei Erörterung dieser Streitfrage von folgenden einfachen Gedanken aus.

Verschuldung eines gemahnten Schuldners ist dann vorhanden: wenn derselbe um die Schuld weiß, beziehungsweise hätte wissen müssen; und wenn er die Mahnung unbeachtet läßt, obwohl ihm die Leistung möglich ist, oder doch möglich hätte sein müssen.

Der Begriff der Verschuldung zerlegt sich also in die beiden Begriffe: Wissen um die Schuld und Möglichkeit der Leistung.

Betrachten wir von diesem Standpunkte aus die Puchta'sche Ansicht.

Wissen um die Schuld, beziehungsweise Hättewissenmüssen hält Puchta ausdrücklich für ein Erfordernis der Mahnung.

Und was die Möglichkeit der Leistung anbetrifft, so meint Puchta: Voraussetzung der Mahnung sei, daß die Nichterfüllung der Schuld lediglich an dem Schuldner lag. Nun sollte ich denken: eine Nichterfüllung liegt lediglich dann am Schuldner, wenn ihm die Leistung möglich ist, er aber gleichwohl nicht erfüllt. Also auch Möglichkeit der Leistung ist nach Puchta eine Voraussetzung der Mahnung.

Wenn aber sowohl Wissen um die Schuld als Möglichkeit der Leistung Erfordernisse der Mahnung sind, dann haben wir ja die Verschuldung.

So scheint es denn fast, als ob sich bei Puchta zwar wohl ein anderes Wort, aber kein anderer Begriff eingestellt hätte.

Was Mommsen anbetrifft, so haben wir bereits gesehen, daß er in sachlicher Beziehung ungefähr auf dem Schöman'schen Standpunkte steht. Er nennt nur Verschuldung, was Schöman nicht dafür gehalten wissen will.

Und daß es sich zwischen Mommsen und den Schriftstellern, welche vor ihm das Erfordernis der Verschuldung in Abrede genommen hatten, um nicht viel mehr als um einen Wortstreit handelt, ist ihm selber nicht verborgen geblieben. Es heißt nämlich bei Mommsen, S. 70:

„Nach der Ansicht dieser Schriftsteller setzt die Mora im technischen Sinne nur voraus, daß die Interpellation rite geschehen, und daß keine gesetzliche excusatio begründet sei. Aus der obigen Darstellung dürfte aber hervorgehen, daß eine Mora, welche diese Erfordernisse hat, eo ipso eine Verschuldung des Debitor voraussetzt."

Verschuldung eines gemahnten Schuldners, um nochmals diesen einfachen Grundgedanken zu wiederholen, ist dann vorhanden: wenn der

gemahnte Schuldner um die Schuld weiß, bezw. hätte wissen müssen; und wenn er die Mahnung unbeachtet läßt, obwohl ihm die Leistung möglich ist, oder doch möglich hätte sein müssen.

Was nun das Wissen um die Schuld anbetrifft, so hält Mommsen für die Mahnung an diesem Erfordernis fest; in so fern hätte also seinerseits nichts im Wege gestanden, die Verschuldung als Voraussetzung der Mahnung hinzustellen.

Dagegen in Bezug auf die Möglichkeit der Leistung ist Mommsen anderer Ansicht. Er hält auch Mahnungen für wirksam: wo dem Schuldner die Leistung nicht möglich ist; und ohne etwa zu untersuchen oder zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit durch eine Verschuldung des Schuldners herbeigeführt worden. So weit aber die Unmöglichkeit der Leistung durch Zufall herbeigeführt ist, kann man doch schlechterdings nicht von einer Verschuldung sprechen.

Mommsen hat dies gleichwohl fertig gebracht. Man möchte meinen, das wäre ein Kunststück. Doch hören wir Mommsen zunächst selber.

Mommsen, S. 18, 19, unterscheidet zwei Arten der Unmöglichkeit. Die Unmöglichkeit der Leistung ist entweder eine solche, welche vom Recht als eine wahre Unmöglichkeit anerkannt wird, oder sie wird vom Recht nicht als eine wahre Unmöglichkeit anerkannt.

Mit ebenso viel Fug könnte man etwa die feuerspeienden Berge in solche eintheilen, die der Mensch in dieser ihrer Eigenschaft anerkennt, und in solche, bei denen dies nicht der Fall. Denn nützen und schaden würde diese Eintheilung gerade so viel und gerade so wenig, wie die Mommsen'sche.

Denn das Verhältnis des Rechts zu den Unmöglichkeiten ist nicht etwa das einer gütigen Wirthin, die ihre freundlichen Einladungen an gewisse Unmöglichkeiten ergehen läßt, dagegen andere von ihrem Cirkel ausgeschlossen wünscht. Unmöglichkeit und Recht stehen vielmehr auf folgendem Fuß mit einander.

Die Unmögkeit tritt auf, eingeladen oder nicht eingeladen, anerkannt oder nicht anerkannt; und es steht nicht in der Macht des Rechtes, Unmöglichkeiten die Thüre zu weisen.

Doch wir müssen uns wohl irren, denn Mommsen hat ja eine ganze Classe von Unmöglichkeiten aus dem Tempel des Rechtes fortgejagt. Wie hat er dies eigentlich angefangen?

Mommsen, S. 18:

„Weil es in diesem Fall rechtlich so angesehen wird, als ob der Schuldner leisten kann, so muß hier — — immer eine Verurtheilung des Schuldners erfolgen.“

Also z. B. es hat jemand eine fremde Sache verkauft; der Eigenthümer will sie aber behalten; der Verkäufer kann also die Sache nicht liefern. Der Verkäufer trägt diesen Sachverhalt dem Richter vor. Der Richter verfällt in tiefes Nachsinnen: ob hier wohl eine von den Unmöglichkeiten vorliege, die nach Mommsen das Recht nicht anerkenne. Schließlich verurtheilt er den Verkäufer. Denn wenn er auch in Wirklichkeit nicht leisten könne; so werde er doch rechtlich so angesehen, als ob er leisten könne.

Wie wird es nun weiter? Das Urtheil wird rechtskräftig. Der Kläger ruft an. Beim Beklagten stellt sich der Executor ein. Der Beklagte steht dem Executor in folgender Weise Rede und Antwort.

Er hätte ja dem Richter gesagt, daß er die Sache nicht besitze. Der Richter hätte ihm aber erwidert, daß er rechtlich so angesehen würde, als hätte er die Sache. Der Richter hätte also fingirt, daß die Sache wirklich bei ihm sei. Der Executor möge sich jetzt nur die fingirte Sache aufsuchen. Er sei freilich aus dem richterlichen Gerede nicht recht klug geworden. Für ihn, als Geschäftsmann, hätten fingirte Sachen auch keinen sonderlichen Werth. Wenn aber der Richter so besondere Vorliebe für fingirte Sachen hätte, könne er seinetwegen gerne noch mehr fingiren; der Executor könne sie seinetwegen auch gern alle aufladen, und wenn es ein ganzer Frachtwagen voll würde.

Kommt denn Mommsen etwa auch zu diesem Ergebnis? Es heißt bei ihm unmittelbar nach den soeben ausgeschriebenen Worten:

„und, falls nicht erfüllt wird, eine Verpflichtung desselben zum Schadensersatz eintreten, ohne daß es irgendwie darauf ankommt, ob dem Schuldner eine Culpa zur Last fällt oder nicht.“

Nun, mich dünkt, die von Mommsen soeben verjagte Unmöglichkeit hat sich schnell genug wieder eingestellt! Hier denkt der Richter ja mit einem Male ganz vernünftig. Weil die Sachleistung dem Beklagten nicht möglich ist, so tritt an deren Stelle eine andere, nämlich eine Schadensersatzleistung.

Ferner beachte man die Worte „ohne daß es irgendwie darauf ankommt, ob dem Schuldner eine Culpa zur Last fällt oder nicht.“

Sollte man nach diesen Worten es wohl für möglich halten, daß

derselbe Schriftsteller die Behauptung aufstellen konnte, die Mahnung habe stets Verschuldung zu ihrer Voraussetzung?!

Mommsen fährt so fort:

„Demgemäß kommt die Lehre von der Culpa für diejenigen Obligationen, deren Gegenstand so bestimmt ist, daß eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht eintreten kann, also namentlich für Geldschulden, nicht in Betracht."

Der Irrthum Mommsen's ist hier folgender.

Ich habe bereits anderswo gesagt[11]), daß die zeitliche Unmöglichkeit den Gläubiger entweder verpflichtet, zu warten; oder daß hier an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere tritt; oder daß diese Unmöglichkeit vom erkennenden Richter vorläufig gar nicht berücksichtigt wird.

Statt nun von einer zeitlichen Unmöglichkeit zu sprechen, die der erkennende Richter vorläufig nicht berücksichtigt, hat Mommsen diese Unmöglichkeit gleich ganz fortgejagt.

Allein wenn auch der Richter bei seinem Erkenntnis auf den Umstand, daß der Schuldner die 100, welche er z. B. zahlen soll, nicht hat, noch keine Rücksicht nimmt; so ist darum die Unmöglichkeit selber noch nicht beseitigt. Diese Unmöglichkeit macht sich nachher in der Executionsinstanz ganz von selber geltend. Hier heißt es dann: wo nichts ist, hat selbst der Kaiser sein Recht verloren.

Wenn das wahr wäre, daß bei Geldschulden eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht eintreten kann; so könnten ja gar keine Concurse Statt finden.

Und diese vom Recht nicht anerkannte Unmöglichkeit bei Mommsen ist nicht etwa der flüchtige Einfall einer schwachen Stunde, sondern zieht sich bei ihm durch drei Bände hindurch!

Mommsen sagt im Vorwort zu seiner Mora:

„Wenn ich dessenungeachtet es unternommen habe, die Lehre von Neuem darzustellen, so bin ich dazu vornämlich durch ein Zweifaches veranlaßt.

„Zunächst schien mir in den bisherigen Schriften über die Mora das Verhältniß derselben zur Culpa nicht genügend festgestellt zu sein."

Allein gerade in dieser Beziehung muß ich die Mommsen'sche Arbeit für vollständig verunglückt erklären, und hoffe, daß wenigstens diese Mommsen'sche Unmöglichkeit das Recht als solche anerkennen wird.

---

[11]) Siehe oben, S. 379.

Bei Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 277, findet sich folgender Satz:

„Auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt worden ist, muß als Entschuldigungsgrund angesehen werden.“

Und dazu heißt es in einer Anmerkung:

„Dieser Satz wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt, aber er folgt aus dem aufgestellten Princip.“

Schon früher habe ich ausgeführt [12]), daß das positive Recht die Zahlungsunfähigkeit regelmäßig nur insofern berücksichtige, als entweder der Executor keine zur Execution geeignete Gegenstände vorfinde, oder als concursmäßige Einleitungen beantragt seien. Damit ist die Ansicht Windscheid's bereits widerlegt. Denn Windscheid ist eben den Beweis schuldig geblieben, daß das positive Recht die Zahlungsunfähigkeit so, wie er sich vorstellt, behandle.

Aber das muß man Windscheid zugeben: wäre wirklich Verschuldung eine Voraussetzung der Mahnung; so müßte das Recht die außerconcursmäßige Zahlungsunfähigkeit in der Weise, wie Windscheid will, behandeln. Es kann also nichts schaden, wenn ich noch einmal darauf zurückkomme und die Ergebnisse prüfe, mit denen hier Windscheid unsere Wissenschaft bereichern will.

Hat man wohl jemals einen Schuldner, der concursmäßige Einleitungen beantragt, sagen hören, daß er selber an seiner Zahlungsunfähigkeit Schuld sei? Wie schön wird da nicht alles bemäntelt! Und wenn die eigne Verschuldung mit Händen zu greifen wäre, der Gemeinschuldner selber räumt das nie ein. Schicksalsschläge ganz unerwarteter Art, die sind es ganz allein gewesen, die ihn zu Grunde gerichtet haben. Ja, er beansprucht wohl gar noch ein Dankvotum von seinen Mitbürgern, daß er sich wenigstens so lange gehalten habe: denn jeder andere an seiner Stelle hätte die Sache schon viel eher verlaufen.

Bevor es zur Zahlungseinstellung kommt, pflegt ein unbehaglicher Zustand voraufzugehen. Da regnet es Mahnbriefe und Klagen. Jeder Gläubiger sucht dem andern noch zuvorzukommen. Der Schuldner giebt aber die Hoffnung nicht auf. Und kann er seine Gläubiger nicht befriedigen, so sucht er sie wenigstens hinzuhalten. Die Processe werden durch Fristgesuche u. s. w. hingezogen. Meistens sind es Schuldklagen, die ihn verfolgen, Schuldklagen, mit denen auch Mahnungszinsen gefordert werden. Wenn nun unverschuldete Zahlungsunfähigkeit die

[12]) Siehe oben, S. 399.

Wirkungen der Mahnung abwendete, das wäre mal eine nette Einrede, deren sich so ein Schuldner bedienen könnte. Denn das ist ein Thema, davon läßt sich viel erzählen. Das müßte der Gläubiger dann wieder bestreiten. Dann käme es zu Beweisauflagen. Auch Rechtsmittel ließen sich hier geeigneten Falles wohl anbringen. Man denke sich, welch ein Zustand!

Im Concursverfahren da mag der Schuldner über seine Schuldlosigkeit in Betreff der Zahlungsunfähigkeit so viel declamiren, wie er Lust hat, und der Concursrichter anzuhören für gut findet. Denn das verhallt entweder, oder kann doch ruhig zu den Acten gelegt werden. Nur beglücke man mit derartigen Verhandlungen die Einzelprocesse nicht!

Aber, wie gesagt, wenn Verschuldung wirklich eine Voraussetzung der Mahnung wäre, dann müßten solche Verhandlungen auch in Einzelprocessen vorkommen können, und auch wirklich häufig vorkommen.

Nun werden aber solche Verhandlungen in Wirklichkeit höchst selten oder gar nicht gepflogen. Was folgt daraus?

Daraus folgt, daß die Praxis doch wohl so etwas von unverwüstlicher Gesundheit in sich tragen müsse. Ist ihr doch hier das Gift einer falschen Theorie Jahrhunderte lang eingeträufelt worden. Wir nehmen aber nicht wahr, daß es sonderlich tief eingedrungen sei.

Auch Ihering[13]) hat sich der Ansicht angeschlossen, daß die Mahnung einen Anwendungsfall der culpa enthalte. Bei diesem Schriftsteller erscheint die Sache aber wieder etwas anders gewandt, so daß wir auch hierauf noch eingehen müssen.

In seinen Jahrbüchern spricht sich Ihering über unsere Frage so aus:

„Bei der mora können sich aber die Verhältnisse ganz in derselben Weise gestalten — —. Es verspricht jemand, eine Sache zu einem bestimmten Termin zu leisten, deren Verschaffung voraussichtlichermaßen nicht die geringsten Schwierigkeiten machen konnte, z. B. einen Artikel, den jeder Kaufmann des Orts zu führen pflegt, der jedoch wider Erwarten überall ausgegangen ist. Die culpa des Versprechenden liegt hier nicht darin, daß er sich den Artikel nicht verschafft hat — er hat alles gethan, was in seinen Kräften stand — wohl aber darin, daß er einen Contract abschloß, ohne seiner Sache sicher zu sein."

[13]) Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. IV., S. 39. — Schuldmoment, S. 8, 46.

Und in seinem Schuldmoment, S. 46, sagt Ihering:

„Was nun

1) die Mora betrifft, so scheint allerdings eine Culpa gar nicht vorzuliegen, wenn der Schuldner trotz aller angewandten Mühe die Leistung nicht beschaffen kann, und doch haftet er auch hier auf das Interesse.

Die Antwort lautet: Niemand soll eine Leistung übernehmen, der er nicht gewachsen ist. Jeder muß das Maß seiner Kräfte und Leistungsfähigkeit kennen, bevor er contrahirt, eine Ueberschätzung derselben ist ein Versehen, unter dessen nachtheiligen Folgen er selber, nicht sein Gegner zu leiden hat; letzterer hätte ja mit einem andern contrahiren können. Die culpa springt hier auf den Moment des Abschlusses des Contractes zurück."

Allein von einer Verschuldung kann man hier doch nur dann sprechen, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner vernünftiger Weise zugerechnet werden muß. Ueber diese Grenzlinie darf man nicht füglich hinausgehen. Denn sonst verflüchtigt sich der Begriff Verschuldung in einer Weise, daß er völlig unbrauchbar wird.

Bleiben wir einmal bei dem Ihering'schen Beispiele stehen. Ihering sagt: die Verschuldung in dem angeführten Falle bestand darin, daß der Schuldner „einen Contract abschloß, ohne seiner Sache sicher zu sein."

Was heißt „seiner Sache sicher sein"? Der Schuldner hätte sich vielleicht vorher von dem Inhaber der Waare versprechen lassen müssen, daß er ihm das betreffende Quantum überlassen werde?

Aber wenn der Schuldner dies nun wirklich gethan, der Inhaber der Waare aber wortbrüchig geworden wäre? Liegt dann auch Verschuldung vor?

Vielleicht hätte der Schuldner sich hierbei nicht begnügen, sondern die fragliche Waare sofort in seinen Gewahrsam nehmen müssen?

Aber wenn der Schuldner dies nun wirklich gethan, während er aber auswärts in Bezug auf derartige Waaren Verpflichtungen eingeht, sein ganzes Waarenlager abgebrannt wäre? Liegt dann auch Verschuldung vor?

Warum nicht? Er hätte bei Uebernahme der Verpflichtungen vielleicht die Möglichkeit berücksichtigen müssen, daß Feuer sein Waarenlager zerstören könne!

Wohin käme man dann am Ende? Dann wäre jeder Abschluß

einer Obligation ungünstigen Falles Verschuldung. Das heißt mit andern Worten: dann würde die Verschuldung für das Obligationenrecht ein unbrauchbarer Begriff.

Die Nichterfüllung muß dem Schuldner vernünftiger Weise zugerechnet werden können: diese Grenzlinie darf man bei diesem Begriff nicht überschreiten.

Nun kann man aber doch einem Kaufmanne, der auswärts Verpflichtungen eingeht, nicht zumuthen: daß er die Möglichkeit berücksichtigt, sein Waarenlager könnte so eben abgebrannt sein, oder sein Lieferant wortbrüchig werden, oder daß ein Artikel, den jeder Kaufmann des Ortes zu führen pflegt, überall ausgegangen sei. Denn ein Kaufmann, der sich mit solchen Betrachtungen auf Reisen begebe, wäre eben kein Kaufmann, sondern ein Pedant.

Oder gehen wir zu den Geldschulden über. Jhering sagt: „Jeder muß das Maß seiner Kräfte und Leistungsfähigkeit kennen, bevor er contrahirt, eine Ueberschätzung derselben ist ein Versehen."

Allein dieser Gesichtspunkt wäre höchstens unter der Voraussetzung zutreffend, daß der Gläubiger die Kräfte und Leistungsfähigkeit seines Schuldners nicht gekannt hat. Denn ein Gläubiger, der sich im Besitze dieser Kenntnis befindet, kann ja selber seinen Schuldner abschätzen.

Man denke sich einmal einen Schuldner, der, bevor er contrahirt, seine Lage dem künftigen Gläubiger ganz offen darlegt. Z. B. ein Schuster, der sich niederlassen will und hundert Thaler Vermögen hat, macht einem Lederhändler folgenden Vorschlag: er will sofort die hundert Thaler zahlen, beansprucht aber einen Jahrescredit bis zum Betrage von fünfhundert Thalern. Der Lederhändler geht hierauf ein, der Schuster wird aber krank, kann nichts verdienen, und daher auch nicht zahlen. Wen trifft denn hier Verschuldung? Den Schuster? Er hat ja aber seine Lage dem Gläubiger ganz offen dargelegt. Mindestens mit ebenso viel Recht könnte man dem Lederhändler daraus einen Vorwurf machen, daß er sich auf solch ein Wagnis eingelassen hat.

Oder es hat jemand auf Türkenloose subscribirt, der Türke kann aber nachher nicht wieder zurückzahlen. Wen trifft hier der größere Vorwurf? Den Türken, der das Geld nahm, oder den Gläubiger, der so dumm war, und das Geld hergab?

Also mit dem Verschuldungserfordernis ist nicht durchzukommen, man mag die Sache anfangen, wie man will.

Ihering hat meines Erachtens überhaupt einen ganz verkehrten Grundsatz aufgestellt, wenn er in seinem Schuldmoment, S. 45, sagt: „die Verpflichtung zur Leistung des Interesses (d. h. des Schadensersatzes für unterbliebene, verzögerte oder mangelhafte Erfüllung) ist in ihren (der Römischen Juristen) Augen überall bedingt durch den Gesichtspunkt der Schuld."

Allein wenn es auch richtig ist, daß Verschuldung einen Interesseanspruch erzeugen kann; so darf man nur nicht umgekehrt sagen, daß ohne Verschuldung kein Interesseanspruch entstehen könne [14]).

Interesse ist Vermögensunterschied. Es wäre in der That höchst merkwürdig, wenn die Römischen Rechtsgelehrten einen Anspruch auf den Vermögensunterschied nur da zugelassen hätten, wo auf Seiten des Schuldners Verschuldung vorhanden wäre. Der Gedanke kommt mir so entsetzlich schwächlich vor, daß ich ihn den Römischen Rechtsgelehrten gar nicht einmal zutrauen möchte. Zudem beweisen die auf's Interesse angelegten Obligationen das Gegentheil. Denn hier ist, wie wir gesehen haben, die bloße Fälligkeit genügend, um dem Gläubiger einen Interesseanspruch zu verschaffen. Mindestens wäre es meines Erachtens mehr als willkürlich, wenn man Stellen wie z. B. fr. 1 pr. A. E. V. 19, 1, von Verschuldung verstehen wollte.

Ueberblicken wir den Inhalt dieses Paragraphen, so sehen wir: der eine Schriftsteller versteht dies, der andere das unter Verschuldung; und Schriftsteller, die in sachlicher Beziehung übereinstimmen, betrachten sich als Gegner, weil der eine die Verschuldung auf seine Fahne geschrieben, der andere dies aber unterlassen hat. Ein solcher Zustand legt schon ganz von selber die Vermuthung nahe, daß es mit der Verschuldungsvoraussetzung nicht weit her sein könne.

---

[14]) Vgl. auch Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 307, Anm. 5; § 315, Anm. 7; § 257.

Dritte Abtheilung.

Die schuldige Leistung.

§ 41.

Einleitung.

In den einleitenden Paragraphen zu diesem Abschnitte sahen wir, daß die Mahnung eine Unterart der Kündigung sei.

Die Nichtbeachtung dieser Mahnung ist bisher von der herrschenden Ansicht als ein Anwendungsfall der Verschuldung aufgefaßt worden. Da nun aber in der vorigen Abtheilung gezeigt worden, daß die Verschuldung zur Nichtbeachtung der Mahnung gar nicht nothwendig hinzuzukommen brauche, wirft sich die Frage auf: wo wir diese Nichtbeachtung der Mahnung dann unterzubringen haben?

Hier stoßen wir auf den Begriff Civilunrecht. Es gibt ein Civilunrecht mit Civilverschulden und ohne Civilverschulden. Das Civilunrecht ohne Civilverschulden nennt man passend objectives Civilunrecht [1]).

Die Nichtbeachtung der Mahnung ist nun eine Unterart des Civilunrechts. Und wie das Civilunrecht im allgemeinen ohne Verschuldung denkbar ist, so braucht auch zur Nichtbeachtung der Mahnung die Verschuldung nicht hinzuzukommen.

Die Nichtbeachtung der Mahnung kann entweder darin ihren Grund haben: daß der Schuldner seine Verbindlichkeit bestreitet; oder darin, daß er nicht leisten will; oder darin, daß er nicht leisten kann. Es können auch mehrere dieser Gründe zusammentreffen.

Es gibt positives und negatives Civilunrecht. Die Nichtbeachtung der Mahnung ist ein Anwendungsfall des negativen Civilunrechts.

Ueber den Thatbestand des negativen Civilunrechts hat sich neuerlich Heyssler [2]) so geäußert:

„Der Thatbestand des hier in Rede stehenden Civilunrechts endlich besteht darin, daß einer rechtlichen Verbindlichkeit zur Herbeiführung

---

[1]) Vgl. über diesen Begriff Heyssler, das Civilunrecht und seine Formen, Wien 1870, S. 35.

[2]) a. a. O. S. 28, 29.

eines gewissen Zustandes, nachdem der Zeitpunkt dazu eingetreten, nicht Genüge geleistet, daß der durch das Recht verlangte Zustand nicht herbeigeführt ist. Die Folge ist eine Verrückung zwischen dem durch das Recht geheischten und dem factischen Bestand der Dinge. Der factische Bestand entspricht nicht der ideellen Anforderung des Rechts und ist daher Unrecht; allein es ist nicht der thatsächliche Rechtsbestand (positiv) verrückt worden, sondern dieser hat aufgehört, Rechtens zu sein; ein anderer thatsächlicher Bestand ist nun als einer, der eintreten sollte, vom Recht verlangt, aber dieser Bestand thatsächlich nicht herbeigeführt. Der frühere Bestand, der sich mit dem Recht nicht mehr deckt, ist belassen; ein neuer, der sich mit dem Rechte decken würde, ist, trotzdem es geschehen sollte, nicht bewirkt. So ist durch bloße Negativität des Verhaltens Unrecht gesetzt."

Der Zustand, der durch die Mahnung herbeigeführt werden soll, ist Aufhebung der schuldigen Leistung durch Erfüllung. Die Erfüllung, sofern sie in einer Zahlung besteht, verlangt von Seiten des Schuldners Oblation. Zu dieser Oblation ist der gemahnte Schuldner rechtlich verpflichtet. Leistet er dieser rechtlichen Verbindlichkeit kein Genüge, so wird der durch das Recht verlangte Zustand nicht herbeigeführt. Es entsteht eine Verrückung zwischen dem durch das Recht geheischten und dem thatsächlichen Bestande der Dinge. Der thatsächliche Bestand, das Fortbestehen der schuldigen Leistung, entspricht nicht der ideellen Anforderung des Rechts. Das Fortbestehen der schuldigen Leistung hat aufgehört, Rechtens zu sein. Vom Recht wurde Aufhebung der schuldigen Leistung durch Erfüllung verlangt; aber dieser Bestand ist thatsächlich nicht herbeigeführt. Durch die Nichtbeachtung der Mahnung ist vom gemahnten Schuldner Unrecht erzeugt worden.

Vom Omissivdelict sucht Heyßler dies Civilunrecht in folgender Weise zu unterscheiden:

„Der Thatbestand des Omissivdelicts enthält lediglich, daß dem gesetzlichen Gebot nicht Folge geleistet ist" [3]).

„Daß über den Ungehorsam hinaus noch eine rechtsverletzende Folge eingetreten, ist durch den Begriff des Omissivdelicts ausgeschlossen (das damit zum Commissivdelict wurde); dagegen liegt es im Wesen des negativen Civilunrechts, daß durch die Nichterfüllung

---

[3]) a. a. O. S. 29.

der Verpflichtung zum Handeln dem Berechtigten juristischer Schade zugefügt sei" [4]).

Allein sollten diese Unterscheidungsmerkmale wohl durchgehends zutreffen?

Man nehme einmal an, auf Grund von § 367, Nr. 13, des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund sei ein Omissivdelict begangen: es hat also jemand trotz polizeilicher Aufforderung es unterlassen, Gebäude, welche den Einsturz drohen, niederzureißen. Wenn nun in Folge dessen jemand beschädigt oder getödtet wäre, so würde ein Commissivdelict vorliegen. Daraus folgt nur nicht, daß ohne ein Commissivdelict über den Ungehorsam hinaus keine rechtsverletzende Folge eintreten könnte. Die rechtsverletzende Folge ist hier einfach das Bestehen des niederzureißenden Gebäudes. Ich vermag hier wahrlich zwischen diesem Falle und der Nichtbeachtung einer Mahnung in dieser Beziehung keinen Unterschied zu erblicken. Der Zustand, der durch die polizeiliche Aufforderung herbeigeführt werden sollte, war Niederreißung des Gebäudes. Zu dieser Niederreißung ist der Aufgeforderte rechtlich verpflichtet. Leistet er dieser rechtlichen Verbindlichkeit kein Genüge, so wird der durch das Recht verlangte Zustand nicht herbeigeführt. Es entsteht eine Verrückung zwischen dem durch das Recht geheischten und dem thatsächlichen Bestand der Dinge. Der thatsächliche Bestand, das Fortbestehen des niederzureißenden Gebäudes, entspricht nicht der ideellen Anforderung des Rechts. Vom Recht wurde Niederreißung des Gebäudes verlangt; aber dieser Bestand ist thatsächlich nicht herbeigeführt. Durch die Nichtbeachtung der polizeilichen Aufforderung ist Unrecht erzeugt worden.

Andererseits nehme ich an dem Ausdruck „juristischer Schade" Anstoß. Denn wendet man den betreffenden Satz Heissler's auf unsere Mahnung an, so würde der Satz: „dagegen liegt es im Wesen des negativen Civilunrechts, daß durch die Nichterfüllung der Verpflichtung zum Handeln dem Berechtigten juristischer Schade zugefügt sei", kaum etwas anders bedeuten können, als: daß dem Gläubiger, dessen Mahnung nicht beachtet worden, ein Vermögensschade zugefügt sei.

Allein das ist keineswegs erforderlich. Das Civilunrecht wird lediglich dadurch begangen, daß der gemahnte Schuldner der Mahnung keine Folge leistet. Ob diese Nichtbeachtung der Mahnung für den

---

[4]) a. a. O. S. 30.

Gläubiger einen Vermögensschaden zur Folge hat, oder nicht, darauf kommt in begrifflicher Beziehung nichts an.

Es ist ja denkbar: daß das geschuldete Geld beim Schuldner reichlich so sicher steht, wie wenn der Gläubiger es in die Hände bekäme; und daß dies Geld, wenn der Gläubiger es erhalten, keineswegs mehr eingebracht hätte, als es jetzt vom gemahnten Schuldner einbringt. Wo wäre dann aber der Vermögensschade?

Durch Nichtbeachtung der Mahnung kann dem Gläubiger sogar ein Vermögensvortheil zugewandt werden. Der gemahnte Schuldner hatte z. B. am 21. Juni 1870 für den Scheffel des vom Gläubiger zu liefernden Waizens 1 Thlr. 32 Schill. zu entrichten, während der Marktpreis 2 Thaler beträgt. Weil der gemahnte Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, tritt der verkäuferische Gläubiger in Gemäßheit von Art. 354 des H. G. B. vom Vertrage zurück, als wäre derselbe nicht geschlossen: verdient also auf jeden Scheffel 16 Schill.

Ueber das durch Unterlassen begangene Commissivdelict äußert sich Heyssler a. a. O. S. 28:

„Der Thatbestand des durch Nichtthun begangenen Commissivdelicts besteht in dem Nichthindern des Ablaufs eines Causalnexus, der, in seinem Endpunkte positiv rechtstörend, in seinem Ausgangspunkte auf die freie Causalität des nachher Unthätigen zurückzuführen ist."

Man setze z. B.: eine Mutter tödtet ihr Kind durch Nichtdarreichen der erforderlichen Nahrungsmittel. Hier besteht zwischen der Tödtung und dem Nichtdarreichen von Lebensmitteln ein ursachlicher Zusammenhang. Das Verbrechen ist dadurch begangen: daß dieser ursachliche Zusammenhang Statt fand, und nicht verhindert wurde. Das Nichtdarreichen der erforderlichen Lebensmittel wirkte in seinem Endpunkte positiv rechtstörend; und dieser Ausgang ist durch die Unthätigkeit der Mutter veranlaßt.

Diesem Commissivdelicte stellt Heyssler das negative Civilunrecht in folgender Weise gegenüber.

Zunächst auf S. 30 heißt es:

„Im Wesen des (wie immer begangenen oder versuchten) Commissivdelicts liegt es, daß in vorhandenes concretes Recht störend eingegriffen werde, während das negative Civilunrecht darin besteht, daß der von der ideellen Macht des Rechts geforderte concrete Bestand nicht herbeigeführt wird."

Ferner S. 31:

„Das negative Civilunrecht schließt bereits eine materielle Verschiebung des Rechtsbestandes ein; diese aber besteht lediglich in der Nichtherbeiführung des vom Recht geforderten Zustandes. Werden hingegen in Folge Nichthandelns gegebene Rechtsbestände verschoben, so ist (der Causalzusammenhang vorausgesetzt) Commissivdelict durch Unterlassen begangen."

Nun ist allerdings richtig, daß das negative Civilunrecht bereits eine materielle Verschiebung des Rechtsbestandes in sich schließt. Diese Verschiebung des Rechtsbestandes besteht bei der Nichtbeachtung der Mahnung gerade in dem Fortbestehen der schuldigen Leistung. Es ist aber völlig verkehrt, zu glauben: daß das negative Civilunrecht sich hierauf lediglich beschränken müsse, und nicht im Stande sei, in vorhandenes concretes Recht störend einzugreifen.

Setzen wir folgenden Fall. Der Gläubiger mahnt wegen tausend Thaler. Der Schuldner leistet dieser Mahnung keine Folge. Das Fortbestehen der schuldigen Leistung hat aufgehört, Rechtens zu sein. Das Recht forderte Aufhebung der schuldigen Leistung, dieser Zustand ist aber vom Schuldner nicht herbeigeführt. Auf diese Nichtherbeiführung des vom Recht geforderten Zustandes braucht sich indes das Civilunrecht hier keineswegs zu beschränken; es kann außerdem sehr wohl in vorhandenes concretes Recht störend eingreifen. Denn weil der Schuldner die Mahnung nicht beachtete, kann vielleicht der Gläubiger selber seinen Verbindlichkeiten nicht genügen. Dies hat zur Folge, daß sein Haus auf dem Subhastationswege verkauft wird. Wir sehen: in Folge der nichtbeachteten Mahnung können gar leicht auch andere gegebene Rechtsbestände verschoben werden.

Und gerade weil die Nichtbeachtung der Mahnung so leicht auch andere gegebene Rechtsbestände verschieben kann, hat das Recht eine ganze Reihe von Nachtheilen über den Schuldner verhängt, der Mahnungen nicht beachtet. Bestände die Verschiebung des Rechtsbestandes bei der nichtbeachteten Mahnung lediglich darin, daß der vom Recht geforderte Zustand nicht herbeigeführt worden: so würde die Aufgabe des Rechts sich darauf beschränken müssen, durch Anwendung des Civilzwanges den geforderten Zustand herbeizuführen. Nur zu leicht greift die Nichtbeachtung der Mahnung in vorhandenes concretes Recht störend ein. Deshalb beschränkt auch das Recht den Gläubiger nicht auf die Befugnis, durch Anwendung des Civilzwanges den geforderten Zustand

herbeizuführen, sondern verleiht ihm diesen Civilzwang auch noch zu mancherlei andern Dingen. Und diese mancherlei anderen Dinge sind eben die Wirkungen der Mahnung, von denen im folgenden Abschnitt gehandelt werden soll.

Ebenso wenig kann ich mich mit einer andern Bemerkung Heyßler's einverstanden erklären. Derselbe sagt nämlich S. 25:

„Die Beschränkung auf das Sach-Individuum (die Species) und in Folge dessen eine gewisse Dürftigkeit bilden allerdings den Character der Rechtsfolgen des nicht-schuldbaren (objectiven) Civilunrechts."

Schwerlich wird Heyßler geahnt haben, daß auch die Nichtbeachtung der Mahnung einen Anwendungsfall des objectiven Civilunrechts bilden könne: zum mindesten verdienen die Folgen, welche das Recht mit derselben verknüpft, nichts weniger als die Bezeichnung „dürftig".

Endlich sei noch auf eine Bemerkung Heyßler's eingegangen. Derselbe macht nämlich auf Seite 28, wo er den Thatbestand des negativen Civilunrechts angibt, zu dem Satze „nachdem der Zeitpunkt dazu eingetreten" folgende Bemerkung:

„Der außer den Rahmen der gegenwärtigen Erörterung fallenden controversen Frage: wie dieser Zeitpunkt eintrete, soll durch obige Fassung in keiner Art präjudicirt werden."

Allein es handelt sich hier schwerlich um eine Einheit, sondern um eine Vielheit von Fragen, die Beantwortung verlangen. Wir brauchen in dieser Beziehung bloß unsere schuldige Leistung in's Auge zu fassen. Der Zeitpunkt, von wann an das Fortbestehen einer schuldigen Leistung als civiles Unrecht erscheint, wird z. B. in wesentlich anderer Weise da gefunden, wo die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" gilt, als da, wo es unserer Mahnung bedarf. Denn so weit die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" reicht, tritt dieser Zeitpunkt ohne Zuthun des Gläubigers ein; im andern Falle hingegen ist eine Thätigkeit des Gläubigers nothwendig. Und wenn wir uns auch nur auf unsere Mahnung beschränken: der Zeitpunkt, von wann an im Falle einer Mahnung das Fortbestehen der schuldigen Leistung als civiles Unrecht erscheint, ist keineswegs so leicht gefunden; mindestens werden wir bei Erörterung dieser Frage auf mehr als eine Controverse stoßen.

So haben wir denn gesehen, daß die Nichtbeachtung der Mahnung einen Anwendungsfall des negativen Civilunrechts bildet.

Und zwar wird dies negative Civilunrecht durch Fortbestehenlassen der schuldigen Leistung dem Gläubiger gegenüber vom Schuldner verübt.

Ein Seitenstück zu diesem negativen Civilunrecht bildet das Civilunrecht, welches durch Fortbestehenlassen der schuldigen Leistung dem Schuldner gegenüber vom Gläubiger verübt wird. Dieses wird dann begangen, wenn der Gläubiger eine Oblation des Schuldners nicht beachtet. Auch hier also entsprechen sich wiederum Oblation und Mahnung.

Den Begriff der Mahnung haben wir früher dahin festgestellt: die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten.

Erfüllt diese Mahnung ihren Zweck, so ist für den Rechtsgelehrten keine Arbeit mehr vorhanden. Denn das Recht hat nur an die Mahnung nachtheilige Wirkungen geknüpft, die ihren Dienst versagt, die der Schuldner unbeachtet läßt.

Ob aber die Mahnung diese nachtheiligen Wirkungen zur Folge habe, hängt von gewissen Vorbedingungen ab. Eine Vorbedingung ist die: das Fortbestehen der schuldigen Leistung muß als civiles Unrecht erscheinen.

Ein civiles Unrecht ist hier aber nur unter der Voraussetzung denkbar, daß jemand da ist, dem gültig geleistet werden kann. Mit diesem Satze haben wir uns bereits in einem andern Zusammenhange beschäftigt[5]). Quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit? sagt Paulus in fr. 17, § 3, de usuris, zwar nicht in Bezug auf unsere Mahnung, sondern nur mit Rücksicht auf eine einfache gesetzliche Zinsverbindlichkeit. Allein was in dieser Beziehung für eine einfache gesetzliche Zinsverbindlichkeit schon zutrifft, muß um so mehr für unsere Mahnung richtig sein.

Eine weitere Voraussetzung für dieses civile Unrecht ist das Vorhandensein einer schuldigen Leistung.

Aber nicht jede schuldige Leistung ist für unsere Mahnung tauglich. Namentlich muß sich die schuldige Leistung bereits in einer Lage befinden, daß der Gläubiger berechtigt war, deren Aufhebung zu verlangen. Denn mahnt der Gläubiger vor diesem Zeitpunkt, so kann man in dem Fortbestehen der schuldigen Leistung unmöglich civiles Unrecht erblicken wollen.

Diesen Satz hat man fälschlich so ausgedrückt: die schuldige Leistung

---

[5]) Siehe oben, S. 167 fgg.

müsse bereits fällig sein. Das ist, wie wir sehen werden, keineswegs der Fall.

Besondere Beachtung verdienen in dieser Hinsicht die Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen. Sie regen die Frage an: ob der Gläubiger berechtigt ist, die Aufhebung der schuldigen Leistung bereits zu einer Zeit zu verlangen, wo der Schuldner nur erst verpflichtet ist, mit deren Vornahme zu beginnen?

Sehen wir dann freilich genauer zu, so ergibt sich: daß die Leistungen, welche in kürzerer Zeit zu beschaffen sind, sich in dieser Beziehung in nichts von den Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen, unterscheiden.

Aber die Leistung erheischt wohl gar noch Vorhandlungen von Seiten des Schuldners? Ist der Gläubiger schon dann zum Mahnen berechtigt, wenn der Schuldner nur erst zur Vornahme dieser Vorhandlungen verpflichtet ist?

Andererseits reicht es indes nicht aus, daß wir uns lediglich auf den Standpunkt des Gläubigers stellen. Der Gläubiger hat es vielleicht gar zu eilig. Wir müssen auch den Schuldner mit zu Rathe ziehen, und diesem die Frist einräumen, die zur Beschaffung der schuldigen Leistung nothwendig ist, oder auf die er vielleicht sonst wie Anspruch hat. Auch dieser Fristanspruch des Schuldners verlangt Berücksichtigung bei der Frage, in wie fern das Fortbestehen der schuldigen Leistung als civiles Unrecht betrachtet werden könne.

Von den hier angegebenen Gesichtspunkten aus will ich jetzt die Frage erörtern: wann und unter welchen Umständen das Fortbestehen der schuldigen Leistung als civiles Unrecht erscheint?

§ 42.
Die schuldige Leistung im allgemeinen.

Damit das Fortbestehen der schuldigen Leistung als civiles Unrecht erscheinen könne, ist vor allen Dingen das Vorhandensein einer schuldigen Leistung selber nöthig.

Es muß also eine schuldige Leistung vorhanden sein. Das heißt: die schuldige Leistung muß angefangen haben, zu sein; und nicht wieder aufgehört haben, zu sein.

Der Anfang dieses Seins darf nicht später als die Mahnung, sondern muß mindestens mit derselben gleichzeitig Statt finden.

Das Aufhören dieses Seins darf nicht vor der Mahnung eintreten.

Einer nicht vorhandenen schuldigen Leistung ist eine Leistung gleich, die zwar an sich gefordert werden, deren sich aber der Schuldner durch Vorschützen von Einreden entziehen kann, sofern derselbe von diesen Einreden Gebrauch macht. Man denke z. B. an die Einrede der Ueberlistung, des Zwanges u. s. w.

Hierher gehört auch die einseitige Aufhebungsbefugnis des Schuldners. Habe ich z. B. im Jahre 1860 bei einem Schneider einen Rock bestellt, und mahne ich im Jahre 1870 wegen dieses Rockes; so ist der Schneider nicht verpflichtet, dieser Mahnung nachzukommen, sondern berechtigt, den Vertrag einseitig aufzuheben. Denn gerade so gut, wie in einem solchen Falle der Gläubiger sich nach zehn Jahren keine Oblation[1]), braucht sich auch der Schuldner nach zehn Jahren keine Mahnung gefallen zu lassen.

Bezieht sich die Einrede nur auf einen Theil der Leistung, so ist es sehr wohl denkbar, daß der Rest als civiles Unrecht fortbestehe[2]).

Eine bedingte schuldige Leistung ist ein Zwitterding zwischen Nichts und schuldiger Leistung. Es ist noch zweifelhaft, was daraus wird: ob ein Nichts oder eine schuldige Leistung. So lange dieser Zustand der Schwebe dauert, wäre höchstens eine Mahnung dahin denkbar: der Schuldner solle leisten, falls die Bedingung in Erfüllung gehe. Daß es jedoch eine solche Mahnung gar nicht gibt, soll in der nächsten Abtheilung nachgewiesen werden[3]).

Aber auch beim Vorhandensein einer unbedingten schuldigen Leistung darf der Gläubiger nicht eher mahnen, als er zum Fordern berechtigt ist. Hat der Schuldner z. B. am 22. Juni eine Geldzahlung zu beschaffen, so kann der Gläubiger nicht etwa schon am 1. Juni auf Zahlung dringen. Denn vor dem 22. Juni kann hier in dem Fortbestehen der schuldigen Leistung unmöglich civiles Unrecht erblickt werden[4]).

Ebenso muß im Augenblicke der Mahnung bereits feststehen, wo die schuldige Leistung zu beschaffen ist. Leidet dieselbe in örtlicher Beziehung noch an Unbestimmtheit, so muß diese spätestens gleichzeitig

---

[1]) Siehe oben, S. 104.

[2]) Siehe oben, S. 370.

[3]) Siehe unten, § 53.

[4]) fr. 49, § 3, V. O. 45, 1; fr. 54 de pactis 2, 14.

mit der Mahnung gehoben werden. Ganz richtig sagt in dieser Beziehung Mommsen S. 36, 37:

„Wenn der Schuldner die Waare an einem dritten Ort nicht etwa bloß aus seinem eigenen Waarendepot herauszugeben, sondern an den Gläubiger oder einen Vertreter desselben zu bringen hat, so muß der Gläubiger, falls nicht schon in der Obligation eine desfallsige Bestimmung getroffen ist, dem Schuldner zugleich anzeigen, wo er an diesem dritten Orte anzutreffen ist, oder welchen Commissionär er daselbst mit der Entgegennahme der Waare beauftragt hat."

Eine eigenthümliche Erscheinung bietet die natürliche Verbindlichkeit dar. Hier erblickt das Recht weder in der Erfüllung, noch in dem Fortbestehen der schuldigen Leistung civiles Unrecht. Denn in ersterer Beziehung ist das Rückforderungsrecht ausgeschlossen [5]), und in letzterer Beziehung dem Gläubiger der Civilzwang versagt [6]). Und weil dem Gläubiger der Civilzwang fehlt, kann er auch vom Schuldner nicht verlangen, daß er eine Mahnung beachte. Mahnungen in Bezug auf Leistungen, welche nur naturaliter geschuldet werden, sind mithin unwirksam [7]).

Eine ähnliche Bewandtnis hat es mit zinstragenden Capitalforderungen, deren Rückforderung dem Gläubiger entweder gar nicht oder nur unter besonderen Umständen zusteht. Man denke in dieser Beziehung an Rentenverschreibungen, Fideicommißcapitalien [8]) u. dgl.

§ 43.

Fälligkeit der schuldigen Leistung ist keine Voraussetzung der Mahnung.

Die im vorigen Paragraphen vorgetragenen Sätze, die im ganzen und großen unbestritten sind, gestatten folgenden Schluß: die schuldige Leistung, soll sie zur Mahnung tauglich sein, muß sich bereits in einer Lage befinden, daß der Gläubiger berechtigt ist, ihre Aufhebung zu verlangen.

Statt dessen ist man aber viel zu weit gegangen und hat gefolgert: die schuldige Leistung müsse bereits fällig sein; eine Folgerung, die ich durchaus verwerfen muß.

---

[5]) fr. 21 pr. ad leg. Falc. 35, 2; fr. 44 Sol. 46, 3; fr. 16, § 4, de fidej. 46, 1.

[6]) fr. 94, § 3, Sol. 46, 3.

[7]) fr. 127 V. O. 45, 1, theilweise wiederholt in fr. 88 R. J. 50, 17.

[8]) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 51, Anm. 1.

Mommsen sagt in dieser Beziehung Seite 26:

„In dem Angeführten liegt zugleich, daß die Schuld bereits fällig sein muß. So lange der Zeitpunkt der Fälligkeit noch nicht eingetreten ist, steht dem Schuldner, falls der Gläubiger dann noch die Forderung geltend machen wollte, eine Einrede zu Gebote. Von einer rechtswidrigen Verzögerung der Leistung kann in dem gedachten Fall nicht die Rede sein, weil der Schuldner noch gar nicht zur Vornahme der Leistung verpflichtet ist."

Mommsen meint demnach: die Schuld müsse bereits im Augenblicke der Mahnung fällig sein. Die Fälligkeit muß also der Vornahme der Mahnung voraufgehen. Die Fälligkeit muß in einen früheren Zeitpunkt fallen, als die Vornahme der Mahnung. Ein Gläubiger, der seine Mahnung nicht vornimmt, nachdem bereits in einem früheren Zeitpunkte der Zustand der Fälligkeit eingetreten, würde also nach Mommsen eine nichtige Mahnung vorgenommen haben.

Diese Mommsen'sche Auffassung verräth wenig Verständnis für den öconomischen Zweck der Mahnung. Der öconomische Zweck der Mahnung ist: Aufhebung der schuldigen Leistung herbeizuführen. Haben wir denn aber hierzu eine fällige Schuld nöthig? Müßte es nicht mindestens angehen, daß die Fälligkeit erst durch die Mahnung herbeigeführt würde?

Zunächst sei es mir gestattet, in dieser Hinsicht Mommsen durch Mommsen zu widerlegen.

Mommsen meint: wenn die Schuld nicht bereits vor der Mahnung fällig war, steht dem Schuldner eine Einrede zu Gebote. Allein wenn diese Fälligkeit nun gerade durch die Mahnung herbeigeführt wäre, wo bliebe dann die Einrede?

Mommsen meint weiter: von einer rechtswidrigen Verzögerung der Leistung könne in dem gedachten Fall nicht die Rede sein, weil der Schuldner noch gar nicht zur Vornahme der Leistung verpflichtet war. Allein wenn nur die Fälligkeit durch die Mahnung herbeigeführt wird, ist der Schuldner allerdings zur Vornahme der Leistung verpflichtet; und läßt er die Mahnung unbeachtet, so erscheint das Fortbestehen der schuldigen Leistung als civiles Unrecht.

Im vorigen Paragraphen sahen wir: daß, wenn die schuldige Leistung in örtlicher Beziehung an Unbestimmtheit leide, diese Unbestimmtheit spätestens mit der Mahnung gehoben werden müsse, aber auch noch in diesem Augenblicke gehoben werden könne. Mommsen

war ganz damit einverstanden. Warum sollte indes, was in örtlicher Beziehung richtig, nicht auch in zeitlicher Beziehung zutreffen?

Wir werden übrigens gut daran thun, daß wir uns über den Begriff „Fälligkeit" verständigen, ehe wir weiter gehen.

Unter einer fälligen Leistung verstehe ich eine Leistung, die bereits hätte beschafft sein, also auch, wo dies erforderlich, dem Gläubiger von Rechtswegen bereits hätte zufallen müssen. Dann setzt dieser Begriff voraus, daß der Gläubiger bereits alles gethan hatte, was ihm selber zu thun oblag. Denn ließ er es selber in dieser Beziehung auch nur am Geringsten fehlen, so konnte er nicht erwarten, daß ihm die Leistung bereits zugefallen wäre.

Ein Schuldner hat z. B. versprochen, daß er die schuldigen 1000 dem Gläubiger am 23. Juni während der Geschäftszeit zuschicken werde. Ist nun am 23. Juni die Geschäftszeit bereits abgelaufen, ohne daß die 1000 angekommen sind; dann haben wir es mit einer fälligen Leistung zu thun. Denn diese 1000 hätten dem Gläubiger eigentlich schon zufallen müssen.

Dagegen halte man folgenden Fall. Ein Schuldner hat dem Gläubiger versprochen, daß die schuldigen 1000 am 23. Juni zu seiner Verfügung ständen, er könne sich das Geld dann abholen.

Wenn hier der 23. Juni abläuft, ohne daß die Leistung erfolgt, so können wir nicht so ohne weiteres von einer fälligen Leistung sprechen. Hier ist zur Fälligkeit erforderlich, daß der Gläubiger sich am 23. Juni beim Schuldner einfand. Ist der Gläubiger aber gar nicht gekommen, so kann man die Leistung nicht fällig nennen. Der Gläubiger kann unter dieser Voraussetzung in dem Fortbestehen der schuldigen Leistung nach dem 23. Juni unmöglich civiles Unrecht erblicken.

Wenn nun aber der Gläubiger am 23. Juni sich beim Schuldner einstellt, um die 1000 entgegenzunehmen, wie dann? Dann wird allerdings am 23. Juni die Leistung fällig. Was ist denn aber dies Sicheinstellen des Gläubigers, um Geld entgegenzunehmen? Nichts anders als unsere Mahnung. Und diese Mahnung hat eben hier die Fälligkeit der Leistung herbeigeführt.

Im gewöhnlichen Leben nimmt man es freilich mit dem Ausdruck „Fälligkeit" nicht so genau. Man spricht von fälligen Leistungen, ohne zu unterscheiden, ob der Schuldner zum Bringen, oder der Gläubiger zum Holen verpflichtet ist. So sagt man z. B.: der Wechsel ist schon am ersten fällig gewesen, wenn der Gläubiger ihn auch noch gar nicht

präsentirt hat. Diese Ungenauigkeit des Sprachgebrauches erklärt sich dadurch: daß der Gläubiger einen Gang wenig achtet, wenn er nur weiß, daß ihm sein Geld wird. Eine Ungenauigkeit bleibt es aber immer. Und wir können uns bei unserer Materie mit solcher Ungenauigkeit um so weniger abfinden lassen, als da, wo der Gläubiger zum Holen verpflichtet, gerade unsere Mahnung es ist, welche die Fälligkeit herbeiführt.

Unter den älteren Schriftstellern ist es eine vielfach bestrittene Frage gewesen: ob zur Begründung der Mora eine einmalige außergerichtliche Mahnung genüge, oder ob es einer Wiederholung bedürfe [6]). Mommsen erklärt sich sehr entschieden gegen die Wiederholung [7]); und jedenfalls hat es mit derselben eine ganz andere Bewandtnis, als man früher glaubte [8]). Allein nimmt man mit Mommsen an: daß die Leistung bereits vor der Mahnung fällig gewesen sein müsse; so gelangt man unter anderm zu folgendem merkwürdigen Ergebnis.

In allen Fällen, wo der Gläubiger die Leistung beim Schuldner entgegenzunehmen hat, wird die Leistung erst durch Mahnung fällig. In allen diesen Fällen müßte also der Gläubiger nach Mommsen zweimal mahnen: das erste Mal, um die Fälligkeit herbeizuführen; das zweite Mal, um nachtheilige Wirkungen für den Schuldner zu erzeugen.

Wenn sich diesem zufolge die Ansicht nicht halten läßt, daß die Leistung stets bereits vor der Mahnung fällig gewesen sein müsse; so möchte man doch vielleicht glauben, daß noch sehr viele Fälle übrig blieben, wo man an dieser Mommsen'schen Voraussetzung festzuhalten hätte.

Nicht einmal dieses Zugeständnis kann ich der Mommsen'schen Ansicht machen. Und um in dieser Beziehung einen Ueberblick zu gewinnen, will ich unsere Mahnung hier wieder mit den vier Hauptfällen in Verbindung bringen, die wir schon von früher her [9]) kennen.

Erster Fall. Es ist eine mehr oder weniger bestimmte Erfüllungszeit verabredet; der Schuldner muß die Leistung beim Gläubiger vornehmen.

Zweiter Fall. Es ist eine mehr oder weniger bestimmte Erfüllungszeit verabredet; der Gläubiger muß die Leistung beim Schuldner entgegennehmen.

---

[6]) Vgl. hierüber v. Madai a. a. O. § 9.

[7]) a. a. O. S. 38, 39.

[8]) Vgl. unten, §57.

[9]) Siehe oben, S. 96.

Dritter Fall. Die Zeit der Erfüllung ist mehr unbestimmt gelassen; der Schuldner muß die Leistung beim Gläubiger vornehmen.

Vierter Fall. Die Zeit der Erfüllung ist mehr unbestimmt gelassen; der Gläubiger muß die Leistung beim Schuldner entgegennehmen.

Beim zweiten und vierten Fall tritt die Fälligkeit erst durch die Mahnung ein, wie das nach den obigen Ausführungen keiner weiteren Auseinandersetzung bedarf. Dagegen mit dem dritten Fall muß ich mich noch etwas näher beschäftigen.

Ich wähle zunächst ein Beispiel, wie es das tägliche Leben tausendfältig bringt. Es geht jemand in einen Laden, und kauft eine Sache. Der Kaufmann sagt: mit der Zahlung hat es durchaus keine Eile.

Was liegt hier vor? Etwa eine fällige Kaufgeldsleistung? Keineswegs. Der Kaufmann hat ja gesagt: es hätte mit der Bezahlung keine Eile. Der Kaufmann kann wahrlich nicht begehren, daß ihm das Kaufgeld ohne weiteres sofort zufällt. Hat er doch selber erklärt: das thue nicht nöthig.

Wie liegt denn aber eigentlich die Sache?

Der Kaufpreis ist creditirt worden, und deshalb kann unter andern die Bestimmung in fr. 13, § 20, A. E. V. nicht Platz greifen[10]. Aber der bewilligte Credit kann von beiden Seiten zu jeder Zeit aufgerufen werden. Der Käufer kann einerseits jeden Augenblick eine gültige Oblation vornehmen; und ebenso kann der Verkäufer, wenn ihm die unaufgeforderte Oblation zu lange dauert, den Käufer hierzu auffordern. Der Verkäufer kann also jeden Augenblick mahnen, und durch Mahnung die Fälligkeit der schuldigen Leistung herbeiführen.

Ein weiteres Beispiel liefert das Darlehen in laufender Rechnung. Wenn ich in dieser Weise Geld bei einem Banquier stehen habe, so kann ich es jeden Augenblick zurückfordern. Vorher war aber die Leistung nicht fällig, sie wird es vielmehr erst durch die Mahnung.

Also auch da, wo der Schuldner zwar die Leistung beim Gläubiger vorzunehmen hat, die Zeit der Erfüllung aber mehr unbestimmt gelassen ist, kann man nicht ohne weiteres von fälligen Leistungen sprechen. Man kann hier nicht sagen: die Leistung hätte dem Gläubiger bereits zufallen müssen; denn daran hindert uns die Unbestimmtheit der Erfüllung. Der Zweck der Mahnung ist es nun gerade, der

---

[10]) Vgl. Thöl, Handelsrecht, Bd. I., § 65.

Leistung in dieser Beziehung ihre Unbestimmtheit zu nehmen, sie dadurch zu einer fälligen zu machen, und so ihrer Auflösung entgegenzuführen.

Es bleibt noch der erste Fall übrig. Hier haben wir es nun allerdings, wenn die Erfüllungszeit abgelaufen, mit einer fälligen Leistung zu thun. Allein Fälle dieser Art werden einerseits von der Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" absorbirt. Andererseits ist zu beachten: daß, so weit es sich ums Interesse handelt, bei den auf's Interesse angelegten Obligationen auch eine weniger fest bestimmte Zeit, wie sie obige Rechtsregel verlangt, hinreicht, um einen Interesseanspruch zu begründen[11]). Trotz alledem bleibt hier freilich für unsere Mahnung noch etwas Platz übrig; allein dieser Platz ist von sehr bescheidenem Umfange.

Wir sehen also: bei drei Fällen sträubt sich unsere Mahnung entschieden gegen die Fälligkeitsvoraussetzung; bei einem Fall haben wir es allerdings mit fälligen Leistungen zu thun, aber gerade hier hat es mit der Mahnung weniger auf sich.

Und so weit hier noch Platz für unsere Mahnung übrig bleibt, ist es nicht einmal nöthig: daß die Erfüllungszeit bereits vollständig abgelaufen sein müsse, bevor der Gläubiger zur Mahnung schreiten darf.

Nehmen wir folgendes Beispiel. Einem Erben ist auferlegt, am 23. Juni ein Vermächtnis von tausend harten Thalern auszuzahlen. Setzen wir weiter, zur Zählung dieser tausend Thaler sei eine Viertelstunde erforderlich. Wann kann nun der Vermächtnisnehmer mahnen: erst nach Ablauf des 23. Juni, oder schon eine Viertelstunde vor Eintritt dieses Ereignisses? Wir werden sehen: der Vermächtnisnehmer kann schon eine Viertelstunde vor Eintritt dieses Ereignisses mahnen. Und wenn dann nicht der Erbe mit Auszahlung der tausend Thaler beginnt, so liegt eine nichtbeachtete Mahnung vor. Der Vermächtnisnehmer kann dann schon vom 23. Juni an Mahnungszinsen verlangen. Denn am 23. Juni, und nicht etwa erst am 24., sollte er nach Absicht des Testators bereits in den Besitz des Geldes gelangen.

Also auch in diesem Falle genügt es, wenn der Schuldner nur verpflichtet ist, mit der Leistung den Anfang zu machen. Man kann dies auch so ausdrücken: schon theilweise Fälligkeit ist ausreichend.

---

[11]) Siehe oben, S. 94.

Die herrschende Ansicht, daß Fälligkeit der schuldigen Leistung eine Voraussetzung der Mahnung sei, läßt sich demnach nicht geradezu auf den Kopf stellen: allein das Hauptgebiet der Mahnung ist gerade die nichtfällige Leistung, wo sie, um ihrem öconomischen Zwecke, Aufhebung der Obligation, zu genügen, die Fälligkeit erst herbeiführt.

Daß auch die Römer Fälligkeit der Obligation nicht für ein Erfordernis der Mahnung gehalten haben, wird unter anderm durch folgende Stelle bewiesen.

fr. 44 de operis libertorum 38, 1. — Scaevola.

> Si libertus moram in operis fecerit, fidejussor tenetur: mora fidejussoris nulla est, at in homine debito fidejussor etiam ex sua mora in obligatione retinetur.

Die einzelnen operae, welche ein Freigelassener zu leisten hatte, wurden ihm nämlich angesagt. Und diese Ansage war gleichzeitig eine Mahnung. Vor dieser Ansage oder Mahnung war die betreffende Obligation aber noch gar nicht fällig. Dies wird ausdrücklich in folgenden Stellen ausgesprochen.

fr. 13, § 2, de op. lib. 38, 1. — Ulp.

> Judicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint, praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere, et incipiunt, posteaquam fuerint indictae.

fr. 24 eodem. — Julianus.

> sed operae, quas patronus a liberto postulat, confestim non cedunt, quia id agi inter eos videtur, ne ante cederent quam indictae fuissent, scilicet quia ex commodo patroni libertus operas edere debet.

fr. 73 pr. V. O. 45, 1. — Paulus.

> Item si operas a liberto quis stipulatus sit, non ante dies earum cedit, quam indictae fuerint, nec sint praestitae.

Die Stellen beweisen sogar mehr, als bloß, daß eine nichtfällige Obligation zur Mahnung tauglich. Denn die Vorstellung der Römer hinsichtlich dieser operae war die, daß vor der indictio auf Seiten des Freigelassenen noch gar keine Verpflichtung bestand; die Verpflichtung wurde erst durch die Mahnung geschaffen. Dies ergibt einerseits der Ausdruck cedere. Vgl.:

fr. 213 pr. V. S. 50, 16. — Ulp.

Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam.

Andererseits ist dies ausdrücklich ausgesprochen in fr. 22 pr. de op. lib. 38, 1.

cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii praestatio, absurdum est credere alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui praestandum est.

Unser fr. 44 ist nun von einem Freigelassenen zu verstehen, dem bestimmte Dienste angesagt sind, der sie aber gleichwohl nicht geleistet hat. Der Ausdruck mora ist technisch zu nehmen.

Freilich hat man an dieser Stelle zu deuteln versucht. So will auch Mommsen[12]) sie in dem hier in Betracht kommenden Theile gar nicht auf eine eigentliche Mora beziehen. Allein das Gegentheil dürfte, namentlich auch wegen der Parallele, in welche dieser Fall mit dem homo debitus gebracht wird, ziemlich zweifellos sein.

Ein ärgerer Gegensatz, als hier zwischen den Ansichten Mommsen's und Scävola's Statt findet, kann kaum gedacht werden. Der Römische Rechtsgelehrte ist so weit davon entfernt, die Fälligkeit der Leistung für ein Erforderniß der Mahnung zu halten, daß er sogar die Verpflichtung erst durch die Mahnung entstehen läßt.

Freilich betrifft die Stelle Scävola's einen Fall, der heutzutage unpractisch ist. Ich will es auch dahin gestellt sein lassen, ob der Römische Rechtsgelehrte in dem betreffenden Fall nicht nach der entgegengesetzten Seite wieder zu weit ging. Die Sache selber, daß nämlich eine Verpflichtung erst durch Mahnung entstehen könne, ist gleichwohl vollkommen richtig, was sich leicht auf folgende Weise darthun läßt.

Der Rahmen für die schuldige Leistung ist die Obligation. Beruht die Obligation auf einem Vertrage, so ist der Rahmen aus Offerte und Acceptation zusammengesetzt. Es gibt eine Offerte, die den Schuldner einseitig bindet; es gibt aber auch eine Offerte, die der Schuldner bis zur Acceptation zurücknehmen kann. Mindestens im letzteren Falle kann man nicht eher von einer schuldigen Leistung sprechen, als bis die Acceptation erfolgt ist. Die schuldige Leistung wird durch die Acceptation hier erst in's Leben gerufen.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung anzubieten. Wer jemand auffordert, die schuldige Leistung anzubieten, sagt damit gleichzeitig, daß er die

[12]) a. a. O. S. 278.

schuldige Leistung haben wolle. Jede Mahnung enthält also gleichzeitig eine Acceptation. Wo freilich die Mahnung einer vollständig ausgeprägten Obligation gegenübertritt, ist sie in ihrer acceptirenden Eigenschaft bedeutungslos. Anders stellt sich aber die Sache, wenn man sie mit einer bloßen Offerte in Verbindung bringt; hier wirkt sie gleichzeitig acceptirend. Und jedenfalls soferne der Offerent vorher noch gar nicht einseitig gebunden war, wird die schuldige Leistung durch die Mahnung erst in's Leben gerufen.

Ich gehe in einen Laden, um eine Sache zu kaufen. Der Kaufmann fordert zehn. Ich biete neun und verheiße sofortige Zahlung. Nach einigem Zaudern und Bedenken sagt der Kaufmann endlich: her damit. Was liegt in diesem „her damit"? Einerseits eine Acceptation meiner Offerte. Vor dieser Acceptation war ich noch nicht gebunden, jetzt bin ich gebunden. Durch dieses „her damit" ist die schuldige Leistung erst in's Leben gerufen. Andererseits liegt in diesem „her damit" gleichzeitig eine Aufforderung zur Oblation.

Ist aber eine Mahnung sogar schon da zulässig, wo der Schuldner vorher noch nicht einmal einseitig gebunden war, so hat ihre Statthaftigkeit um so weniger Bedenken in solchen Fällen, wo zwar einerseits vor der Mahnung noch keine Acceptation erfolgt, der Schuldner indes schon einseitig gebunden war.

Ich will hier einige Beispiele dieser Art besprechen.

Wenn ein Erbe, dem Vermächtnisse auferlegt sind, die Erbschaft angetreten hat, so liegt, wie wir bereits gesehen haben, zwischen Vermächtnisnehmer und Erben vorläufig noch keine Obligation vor[13]). Der Erbe ist nur einseitig gebunden; es steht ganz in der Macht des Vermächtnisnehmers, ob er dieses Gebundensein des Erben acceptiren will, oder nicht. Diese Acceptation läßt sich aber sehr füglich mit der Mahnung verbinden.

Oder man denke an die Auslobung. Es verspricht z. B. jemand in öffentlichen Blättern dem 100 Thlr., welcher den ersten Turko lebendig einfängt. Oder es hat jemand seine Brieftasche verloren, läßt dies in die Zeitung setzen, und verspricht dem ehrlichen Finder zehn Thaler Belohnung. Dieser Auslobende ist bis auf weiteres gebunden. Wenn nun der Finder sich mit der Brieftasche bei ihm einstellt, und sich seine zehn Thaler ausbittet: so fällt auch hier Acceptation und Mahnung zusammen.

Ein acceptirter Wechsel wird durch Blanco-Indossament weiter

[13]) Siehe oben, S. 128, 129.

begeben. Nach Art. 13 der W. O. ist jeder Inhaber eines Wechsels befugt, die auf demselben befindlichen Blanco-Indossamente auszufüllen. Auch hier liegt nur eine einseitige Gebundenheit des Acceptanten dem Inhaber des Blanco-Indossaments gegenüber vor. Der Inhaber des Blanco-Indossaments ist noch kein Gläubiger; er ist nur berechtigt, es jeden Augenblick durch Acceptation zu werden. Die Acceptation kann unter anderm so vorgenommen werden, daß der Inhaber das Blanco-Indossament mit seinem Namen ausfüllt. Die Acceptation läßt sich aber auch in anderer Weise aussprechen. Z. B. der Inhaber meldet sich mit seinem Blanco-Indossament, ohne es ausgefüllt zu haben, im Concurse des Wechselschuldners. Auch diese Anmeldung enthält eine Acceptation; und wird dann diese Anmeldung gleichzeitig als Mahnung benutzt, so haben wir ein Beispiel, wo Mahnung und Acceptation zusammenfallen.

Die Rostocker Bank hat folgende Banknoten ausgestellt:

„Zwanzig Thaler Courant zahlt die Rostocker Bank dem Einlieferer dieser Banknote.“

Als Inhaber einer solchen Banknote bin ich noch kein Gläubiger der Rostocker Bank. Die Rostocker Bank ist durch ihr Zahlungsversprechen vorläufig nur einseitig gebunden. Wenn ich dann aber auf der Rostocker Bank erscheine und gegen Einlieferung der Banknote zwanzig Thaler verlange: so acceptire ich einerseits das Zahlungsversprechen der Rostocker Bank und mahne gleichzeitig.

In Bezug auf die beiden letzten Beispiele ist indes noch auf eine Eigenthümlichkeit aufmerksam zu machen, die mit der Natur der Blanco- und Inhaber-Papiere zusammenhängt.

Gesetzt, ich habe gegen Banknote No. 38,678 Lit. P. von der Rostocker Bank am 23. Mai 1870 zwanzig Thaler verlangt, und die Rostocker Bank hat mir die Zahlung verweigert; so habe ich einen Anspruch gegen die Rostocker Bank von zwanzig Thalern nebst Mahnungszinsen seit dem 23. Mai 1870 erhalten, den ich natürlich klagend geltend machen kann.

Ich kann ihn ferner allen Inhalts durch Cession auf jeden andern übertragen.

Wenn ich aber statt dessen diese Banknote einfach ausgebe, z. B. ich bezahle damit eine Rechnung von zwanzig Thalern: was liegt dann vor?

Dann habe ich auf den andern weniger Rechte übertragen, als

mir zustanden. Ich war bereits durch Acceptation der Rostocker Bank gegenüber Gläubiger geworden und hatte einen Anspruch auf Mahnungszinsen. Dieses mein Gläubigergewordensein ist aber nicht auf den andern übergegangen, weil mein Wille gar nicht darauf gerichtet war, ihm dies zu übertragen. Der andere hat nur ein Recht auf Gläubigerschaft der Rostocker Bank gegenüber erhalten; denn etwas anderes ihm zu übertragen, darauf war mein Wille gar nicht gerichtet.

Meine Rechte auf Mahnungszinsen der Rostocker Bank gegenüber sind durch solche Handlungsweise wieder verloren gegangen, oder ruhen mindestens, bis ich wieder in den Besitz der Banknote gekommen bin. Denn damit ein solcher Anspruch geltend gemacht werden könne, mußte ich entweder die Banknote behalten, oder nicht mein Recht auf Gläubigerschaft, sondern mein Gläubigergewordensein auf andere übertragen.

Aehnlich verhält es sich mit dem Blanco-Indossament. Wenn ich als Inhaber eines Blanco-Indossaments mahne, dann aber auf einen andern nicht mein Gläubigergewordensein, sondern nur mein Recht auf Gläubigerschaft übertrage, z. B. dadurch, daß ich das Blanco-Indossament unausgefüllt weiter begebe; läßt sich der Anspruch auf Mahnungszinsen nicht zur Geltung bringen.

So haben wir denn gesehen, daß unsere Mahnung gleichzeitig als Acceptation in Betracht kommen kann. Fälligkeit der schuldigen Leistung ist so wenig eine Voraussetzung derselben, daß sie sogar bloßen Offerten gegenüber als zulässig erscheint. War nun diese Offerte derartig, daß sie den Schuldner noch nicht einmal einseitig band; so kann man keinenfalls sagen, daß vor der Mahnung schon eine schuldige Leistung vorhanden war. Vielmehr entstand in diesem Falle die schuldige Leistung erst gleichzeitig mit der Mahnung.

Jetzt wollen wir uns noch einmal die bedingte schuldige Leistung ansehen. Wir sahen im vorigen Paragraphen, daß einer bedingten schuldigen Leistung gegenüber von Mahnung keine Rede sein könne, so lange der Zustand der Schwebe daure. Anders stellt sich aber die Sache, wenn gleichzeitig mit der Mahnung die Erfüllung der Bedingung Statt findet.

Es ist z. B. jemand eine Sache unter der Bedingung vermacht, daß er dem belasteten Erben zehn zahle. Hier kann der Vermächtnisnehmer, während er die zehn anbietet, gleichzeitig mahnen.

In diesem Falle kann die Sache sogar so liegen, daß Acceptation, Mahnung und Erfüllung der Bedingung zusammentreffen. Und zur

Erfüllung der Bedingung reicht schon hin, daß der Vermächtnisnehmer die zehn anbietet [14]).

§ 44.
Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen.

Es soll hier die Frage erörtert werden: ob bei Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen, der Gläubiger schon dann mahnen darf, wenn der Schuldner nur erst verpflichtet ist, mit der schuldigen Leistung den Anfang zu machen.

Wenn z. B. jemand einen Bau in Accord gegeben hat, dessen Ausführung ein Jahr dauern würde: muß dann der Gläubiger mit der Mahnung so lange warten, bis nach Abschluß des Vertrages ein Jahr verflossen ist; oder kann er sofort mahnen?

Nach Mommsen könnte in einem solchen Falle nicht vor Jahresablauf gemahnt werden. Dies lesen wir ausdrücklich bei ihm auf Seite 46 und 47.

Freilich scheint Mommsen vor seinem eignen Ergebnis bange geworden zu sein, denn in Anmerkung 10, S. 47, fügt er beschwichtigend hinzu:

„Außerdem darf daraus, daß in den im Text erwähnten Fällen die Interpellation erst nach dem Ablauf einer gewissen Zeit wirksam vorgenommen werden kann, nicht gefolgert werden, daß der Schuldner für die früheren Versäumnisse und den dadurch entstandenen Schaden nicht verantwortlich sei."

Gehen wir wieder auf unsern Bau-Accord zurück. Es sind folgende Möglichkeiten denkbar.

Erstens. Sowohl die Zeit, wann der Bau beginnen, als auch wann er fertig sein sollte, ist im Vertrage genau festgesetzt.

Zweitens. Es ist zwar die Zeit, wann der Bau beginnen, nicht aber die Zeit, wann der Bau fertig sein sollte, im Vertrage festgesetzt worden.

Drittens. Es ist zwar die Zeit, wann der Bau fertig sein, nicht aber wann er beginnen sollte, festgesetzt.

Viertens. Es ist weder festgesetzt, wann der Bau beginnen, noch wann er fertig sein sollte.

---

[14]) fr. 5, § 5, quando dies 36, 2. — v. Savigny, System, Bd. III., S. 138 fgg.

Im ersten Fall kann allerdings von Versäumnissen die Rede sein, ohne daß es zur Mahnung kam. Hier wird aber regelmäßig die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" Platz greifen, so daß wir unsere Mahnung hier gar nicht gebrauchen.

Aehnlich steht es mit dem zweiten und dritten Fall. Denn wenn auch nur ein Endpunkt gegeben, so haben wir damit gleichzeitig den andern. Freilich ist dieser andere Endpunkt nicht von solcher Genauigkeit, wie sie die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" verlangt. Und aus diesem Grunde kann der Gläubiger es für angemessen halten, sich unserer Mahnung zu bedienen. Die Mahnung erfüllt hier dann zunächst den Zweck, daß sie der Leistung die ihr in einer Beziehung noch anklebende Unbestimmtheit gänzlich benimmt.

Wenn aber auch der andere Endpunkt nicht von solcher Genauigkeit ist, wie ihn die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" verlangt; so müssen wir doch andererseits bedenken, daß wir es hier mit einer auf's Interesse angelegten Obligation zu thun haben, und daß der andere Endpunkt für einen Interesseanspruch jedenfalls genau genug bestimmt ist. Um einen Interesseanspruch zu erhalten, genügt es also vollkommen, wenn nur ein Endpunkt gegeben. In dieser Beziehung kann also der Baumeister wegen seiner Versäumnisse, auch ohne daß es zur Mahnung kam, verantwortlich gemacht werden.

Ist z. B. bestimmt, daß ein Bau am 7. Juni 1870 beginnen sollte; ist ferner der Bau von einer solchen Beschaffenheit, daß er unter den obwaltenden Umständen füglich in einem Jahre beendet sein konnte: so kann der Bauherr am 7. Juni 1871 auf's gesammte Interesse klagen, ohne daß es einer vorgängigen Mahnung bedurfte.

Unsere Mahnung kommt also nur vorzugsweise für den vierten Fall in Betracht. Und in dieser Beziehung vermag ich wahrlich nicht einzusehen: wie Versäumnisse des Baumeisters denkbar sein sollten, ohne daß es zur Mahnung kam. Andererseits begreife ich nicht: weshalb nicht eine Mahnung schon dann vollkommen zulässig und wirksam sein sollte, wenn der Baumeister nur erst verpflichtet war, mit dem Bau zu beginnen.

Was Mommsen irregeleitet hat, wird wieder seine Fälligkeitsvoraussetzung gewesen sein. Freilich begründet er seine Entscheidung in etwas anderer Weise. Er sagt nämlich S. 47:

„So wie man aber annehmen muß, daß eine Klage erst nach dem völligen Ablauf der Erfüllungszeit angestellt werden kann, so

muß, wie ich glaube, auch jede frühere Interpellation als wirkungslos bezeichnet werden."

Hier ist zunächst das Verhältnis von Mahnung und Klage völlig unrichtig aufgefaßt. Es kann allerdings ein Gläubiger sich der Klagmittheilung als Mahnung bedienen; und dann müssen nicht bloß die Voraussetzungen der Mahnung, sondern auch die der Klagmittheilung vorhanden sein. Der Gläubiger hat aber nicht nöthig, die Mahnung durch das Gericht vermitteln zu lassen, er kann auch außergerichtlich mahnen; und dann kümmern ihn die Voraussetzungen der Klagmittheilung nicht. Aus den Voraussetzungen der Klagmittheilung darf man demnach keineswegs ohne weiteres auf die Voraussetzungen der Mahnung schließen.

Zudem ist der Mommsen'sche Vordersatz grundfalsch. Um sich davon zu überzeugen, braucht man nur das allereinfachste Beispiel aus dem Leben zu greifen.

Ein Schneidermeister läßt seine Gesellen auf Stück arbeiten. Dem Bremer gibt er eine Hose, dem Hamburger einen Rock in Arbeit. Statt aber an die Arbeit zu gehen, finden Bremer und Hamburger es für angemessen, einen blauen zu machen. Gesetzt nun: die Anfertigung der Hose hätte einen, der Rock aber zwei Tage erfordert; dann käme man nach Mommsen zu folgendem seltsamen Ergebnis.

Der Bremer kann einen Tag herum bummeln, bevor der Schneidermeister zur Klage schreiten darf; dagegen den Hamburger muß er zwei Tage bummeln lassen. Das hieße die Geduld selbst eines Deutschen Handwerksmeisters auf eine zu harte Probe stellen. Der Schneidermeister ist in demselben Augenblicke, wo seine Gesellen an zu feiern fangen wollen, berechtigt, sie beim Richter zu verklagen, damit derselbe sie sofort wieder zur Arbeit anhalte; und der Richter hat diesem Verlangen sofort zu entsprechen, auch ohne etwa zwischen Rock und Hose unterscheiden zu dürfen.

Mommsen beruft sich auf verschiedene Stellen aus den Pandekten. In dieser Beziehung ist nun zunächst auf einen Unterschied zwischen dem Römischen und heutigen Proceßrecht aufmerksam zu machen. Nach Römischem Proceßrecht konnte der Schuldner regelmäßig nicht zu einem facere, sondern nur in Geld verurtheilt werden. Vom Standpunkte des Römischen Proceßrechtes aus lautet also die Frage, welche uns hier beschäftigt, so: darf der Geschworene schon

dann die Abschätzung in Geld vornehmen, wenn die zur Leistung erforderliche Zeit noch gar nicht einmal abgelaufen? Man sieht leicht, die Sache lag hier wesentlich anders.

Und selbst schon im Römischen Rechte brach sich die Ansicht Bahn, die für das heutige allein in Betracht kommen kann: daß nämlich Klaganstellung in Fällen dieser Art schon vor Ablauf der Erfüllungszeit zulässig sei. Stehen zwar Celsus[1]), Pomponius[2]), Marcellus[3]) und Paulus[4]) noch auf einem entgegengesetzten Standpunkte, so hat sich die vernünftigere Ansicht doch bereits bei Ulpian und Venulejus Bahn gebrochen.

Wolff[5]) meint freilich gerade umgekehrt, die Ansicht des Celsus u. s. w. müsse für das heutige Recht die maßgebende sein. Sein Hauptgrund ist, merkwürdig genug, der: „daß der Berechtigte ein Interesse dabei, daß die Handlung rechtzeitig angefangen wird, in der Regel nicht haben wird." Außerdem scheint Wolff darauf Gewicht zu legen, daß diese Ansicht „von den meisten römischen Juristen angenommen worden." Die Majorität hat nun Wolff allerdings auf seiner Seite; allein die Zeiten des Citirgesetzes sind glücklicherweise vorüber.

Doch kehren wir zu Venulejus und Ulpian zurück.

fr. 137, § 3, V. O. 45, 1. Venulejus,

item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in intervallo effici potuit.

Besondere Beachtung verdient aber der Ausspruch von Ulpian in fr. 72, § 2, V. O. 45, 1.

Plane si „insulam fulciri" quis stipulatus sit, non est exspectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit: nec „insulam fieri" (si quis stipulatus sit, est exspectandum), ut tantum temporis praetereat, quanto insula fabricari possit: sed ubi jam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur diesque obligationi cedit.

---

[1]) fr. 14 V. O. 45, 1; fr. 186 R. J. 50, 17.
[2]) fr. 14 V. O. 45, 1.
[3]) fr. 98, § 1, V. O. 45, 1.
[4]) fr. 73 pr. V. O. 45, 1.
[5]) a. a. O. S. 105, 106.

Was zunächst den Text anbetrifft, so leidet derselbe offenbar an einer Auslassung. Gewöhnlich sucht man in der Weise zu helfen, daß man zwischen nec und insulam fieri ein si einschiebt. Ich halte diese Einschiebung noch nicht für ausreichend und habe deshalb hinter insulam fieri ergänzt: si quis stipulatus sit, est exspectandum.

Für uns kommt vorzugsweise der Schlußsatz in Betracht. Diesque obligationi cedit, sagt Ulpian. Es muß also wohl anlangend die Erfüllungszeit keinerlei Verabredung getroffen sein; denn dann würde Ulpian den dies veniens schwerlich unerwähnt gelassen haben.

Wir müssen uns das Ulpian'sche Beispiel also näher so denken. Es hat jemand einen Hausbau in Accord gegeben, ohne daß eine bestimmte Zeit, wann der Bau beginnen, bezw. wann er fertig sein solle, ausgemacht wäre. Jetzt mahnt der Bauherr, daß der Baumeister mit dem Bau beginne; das Wort mora ist technisch zu verstehen.

Diesque obligationi cedit. Diese Ausdrucksweise macht noch einmal unsere Aufmerksamkeit rege. Darnach wäre die Vorstellung des Ulpian die gewesen, daß der Baumeister vor der Mahnung des Bauherrn noch gar nicht verpflichtet war.

Diese Ansicht ist freilich nicht ganz genau. Allerdings wenn nach abgeschlossenem Accorde Jahre verstreichen, ohne daß eine Mahnung erfolgte; so muß man annehmen, daß dem Bauherrn an dem Bau nicht sonderlich viel gelegen sei. Die Umstände können dann sogar derartig sein, daß der Baumeister gar nicht mehr nöthig hat, einer Mahnung Folge zu leisten, vielmehr berechtigt ist, vom Vertrage zurückzutreten. Man kann aber durchaus nicht so weit gehen, wie Ulpian will, daß man die Verpflichtung des Baumeisters erst von der Mahnung an datirt. Denn wenn auch der Baumeister nach Jahren berechtigt ist, vom Vertrage zurückzugehen, so war er doch früher gebunden.

Trotz dieses Irrthums ist aber der Ulpian'sche Ausspruch sehr bemerkenswerth. Denn er zeigt, wie fern diesem Rechtsgelehrten der Gedanke lag, daß Fälligkeit der Leistung eine Voraussetzung der Mahnung sei. Auch ist mir der Ulpian'sche Irrthum unendlich viel lieber, als diese unglückselige Fälligkeitsvoraussetzung, die übrigens Mommsen nicht erst gebracht hat, die sich vielmehr, bald mehr, bald weniger klar ausgesprochen, durch die gesammte nachrömische Literatur zu ziehen scheint; eine Voraussetzung, die, weit entfernt, unserer Mahnung nur

einigermaßen gerecht zu werden, sie vielmehr in ein ganz falsches Licht gestellt hat.

So hat uns denn Mommsen nicht zu überzeugen vermocht: daß bei Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen, eine Mahnung erst dann zulässig sein solle, wenn die zur Leistung erforderliche Zeit abgelaufen ist. Und daß in der That der Gläubiger schon dann zur Mahnung berechtigt, wenn nur der Schuldner erst verpflichtet ist, mit der Oblation zu beginnen, läßt sich auch auf folgende Weise darthun.

Den Begriff der Mahnung habe ich dahin bestimmt: sie sei eine Aufforderung an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten.

Das Anbieten ist eine Handlung. Der gemahnte Schuldner wird also zur Vornahme einer Handlung aufgefordert.

Jede Handlung füllt eine Spanne Zeit aus: sie hat einen Anfangspunkt und einen Endpunkt.

Wenn ich demnach jemand zu einer Handlung auffordere, so verlange ich von ihm: er solle mit der betreffenden Handlung den Anfang machen und mit dieser Thätigkeit so lange fortfahren, bis die Handlung ihre Endschaft erreicht habe.

Wenden wir dies auf unsere Begriffsbestimmung der Mahnung an. Darnach bedeutet sie dasselbe, als wenn ich den Begriff der Mahnung so bestimmt hätte: sie sei eine Aufforderung an den Schuldner, mit dem Anbieten der schuldigen Leistung den Anfang zu machen, und mit diesem Anbieten so lange fortzufahren, bis dasselbe seine Endschaft erreicht hat.

Ist dies aber richtig, so ergibt sich: daß ein Gläubiger mit seiner Mahnung schon dann zu rechter Zeit kommt, wenn der Schuldner nur erst verpflichtet ist, mit dem Anbieten den Anfang zu machen.

Was die Fassung der Mahnung bei solchen Leistungen anbetrifft, die eine längere Zeit in Anspruch nehmen, so mag gleich hier bemerkt werden, daß der Gläubiger sich häufig darauf beschränkt, den Schuldner aufzufordern, er möge mit der Leistung beginnen. Der Bauherr sagt z. B. zum Baumeister, er solle jetzt mit dem Bau anfangen.

Das ist nicht so zu verstehen, als ob dem Bauherrn damit genügt wäre, wenn der Baumeister heute die Arbeit begönne, und morgen wieder damit aufhielte. Der Gläubiger faßt bei solcher Mahnung nur

das Nächstliegende in's Auge. Es ist gar nicht seine Meinung, daß der Baumeister bloß beginne, er soll auch fortfahren.

So haben wir denn hier gleichzeitig eine Mahnung kennen gelernt, die innerlich mehr enthält, als sie äußerlich vermuthen läßt[6]).

§ 45.
Leistungen, welche eine kürzere Zeit in Anspruch nehmen.

Für Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen, fanden wir im vorigen Paragraphen den Satz: der Gläubiger sei schon dann zur Mahnung berechtigt, wenn der Schuldner nur erst verpflichtet sei, mit der Oblation den Anfang zu machen.

Wie sieht es nun in dieser Hinsicht mit den Leistungen aus, welche eine kürzere Zeit erfordern, man denke z. B. an Geldzahlungen?

Es ist nicht einzusehen, warum sich hier die Sache anders verhalten sollte. Denn jede Handlung, mag sie nun kurz oder lang sein, fällt zwischen zwei Zeitpunkte. Der eine Zeitpunkt ist der Anfangspunkt, der andere der Endpunkt. Der Anfang kommt aber eher als das Ende. Da nun die Mahnung nichts anderes ist, als Aufforderung zu einer Handlung, muß ein Gläubiger, bei kurzen Leistungen, ebenso gut wie bei langen, schon dann zur Mahnung berechtigt sein, wenn der Schuldner nur erst verpflichtet ist, mit der Leistung den Anfang zu machen.

Nehmen wir folgendes Beispiel. Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger am 24. Juni während der Geschäftszeit eine Zahlung von tausend harten Thalern zu machen. Der Gläubiger ist verpflichtet, dieses Geld beim Schuldner entgegenzunehmen. Die Geschäftszeit dauere bis 10 Uhr Abends, zur Zahlung der tausend Thaler sei eine Viertelstunde Zeit erforderlich. Die Verpflichtung des Schuldners geht also in diesem Falle genauer dahin: spätestens am 24. Juni Abends dreiviertel auf zehn mit der Zahlung den Anfang zu machen. Dem entsprechend ist der Gläubiger mindestens berechtigt, sich dreiviertel auf zehn Uhr Abends beim Schuldner einzufinden, und ihn aufzufordern, mit der Zahlung zu beginnen. Leistet der Schuldner dann dieser Aufforderung keine Folge, so haben wir eine nichtbeachtete Mahnung, und die Mahnungszinsen laufen vom 24. Juni an.

So kommen wir denn auf diese Weise zu ganz dem nämlichen

---

[6]) Näheres darüber unten § 46 und § 55 Nr. III.

Ergebnis, das wir bereits früher auf einem andern Wege gefunden haben: daß nämlich die Mahnung schon wirksam an dem Erfüllungstage selber vorgenommen werden könne.

Ich machte bereits damals, oben § 13, S. 131 fgg., darauf aufmerksam, daß dieser Satz an drei Stellen der Pandekten eine Stütze finde.

Zunächst gehört hierher fr. 114 V. O. 45, 1. Es hat jemand an einem bestimmten Tage ein Grundstück zu überliefern. Der Gläubiger hat sich also an diesem Tage auf dem Grundstücke einzufinden. Trifft er hier den Schuldner, so muß er ihn mahnen. Trifft er ihn nicht, und bleibt der Schuldner etwa den ganzen Tag aus, so hat der Gläubiger wenigstens das Seinige gethan: er hat die Mahnung versucht, und die versuchte Mahnung hat in solchen Fällen, wie wir noch unten, § 61, sehen werden, gleiche Wirkung mit der wirklich vorgenommenen.

Das genügt also vollkommen, daß der Gläubiger sich an dem bestimmten Tage auf dem Grundstücke einfindet: er braucht nicht etwa den folgenden Tag wieder zu kommen. Denn wenn nur der Gläubiger sich an dem bestimmten Tage einfand, trifft schon zu, wovon Ulpian in unserer Stelle den Interesseanspruch abhängig macht: per promissorem steterit, quominus ea die praestetur.

Eine andere Stelle ist fr. 37 Mand. 17, 1. African spricht hier aus, daß bei der Stipulation Zeitpunkt der Schätzung die Litiscontestation sei, ausgenommen, wenn der Schuldner gemahnt worden. Diese Ausnahme wird so ausgedrückt: nisi per promissorem steterit, quominus sua die solveret.

Unter dem sua die kann man kaum etwas anders verstehen, als einen von vorne herein festverabredeten Erfüllungstag. Es soll also genügen, wenn nur die Mahnung an diesem Erfüllungstage selber erfolgte.

Vielleicht möchte man versucht sein: die ausgeschriebenen Worte gar nicht auf unsere Mahnung zu beziehen, sondern die Ausnahme einzig in dem Umstande zu finden, daß ein bestimmter Erfüllungstag verabredet worden. Allein wollte African bloß dies sagen, dann hätte er sich gewaltig weitschweifig ausgedrückt; dann wäre etwa „nisi de die quid convenerit“ [1]) eine weit angemessenere Ausdrucksweise gewesen.

Die dritte Stelle endlich ist fr. 3 de in lit. jur. 12, 3. Hieraus ergibt sich, daß eine Mahnung am Erfüllungstage nicht bloß im allgemeinen hinreicht, einen Interesseanspruch zu begründen. Eine solche

---

[1]) Vgl. z. B. fr. 4 de cond. trit. 13, 3.

Mahnung ist auch fähig: auf Seiten des Schuldners einen Dolus hervorzurufen, der den Gläubiger zur Ableistung des Würderungseides berechtigt. Den in der Stelle vorausgesetzten Fall werden wir uns näher so zu denken haben, daß der Gläubiger sich am bestimmten Tage beim Schuldner eingestellt hat. Denn das scheinen die Römer beim Depositum als Regel angenommen zu haben, daß der Deponent sich die deponirte Sache vom Depositar abzuholen habe[2]).

Wenn es denn aber diesem allem zufolge nicht wohl bezweifelt werden kann: daß eine Mahnung, am Erfüllungstage selber vorgenommen, im Stande ist, das Fortbestehen der schuldigen Leistung als civiles Unrecht erscheinen zu lassen; bedarf die Frage noch einer näheren Erörterung: wann an diesem Tage die Mahnung erfolgen muß.

Ich beschränke mich darauf: in dieser Beziehung lediglich den Schuldner in's Auge zu fassen, bei dem der Gläubiger die Leistung entgegenzunehmen. Denn so weit der Schuldner die Leistung beim Gläubiger anzubieten hat, greift hier ja regelmäßig die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" Platz.

Wir haben nun davon auszugehen: daß es im allgemeinen beim Schuldner steht, zu bestimmen, wann er an dem Erfüllungstage die Leistung anbieten will. Dieses Bestimmungsrecht des Schuldners bewegt sich aber innerhalb folgender Schranken.

Die Erfüllung muß an dem Erfüllungstage während der gewöhnlichen Geschäftszeit geleistet werden.

So weit das Anwendungsgebiet des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches reicht, kann dieser Satz nicht zweifelhaft sein; denn er ist durch das H. G. B., Art. 332, ausdrücklich festgestellt worden[3]).

Der Satz ist aber auch über dieses Gebiet hinaus richtig. Denn wenn z. B. zwei vereinbaren, daß eine Leistung an einem bestimmten Tage erfolgen solle, so haben sie nicht etwa den astronomischen Tag von 24 Stunden im Sinne: beide denken vielmehr nur an den Geschäftstag, d. h. der Gläubiger erwartet die Leistung an diesem Tage während der Geschäftszeit; und der Schuldner ist gewillt, die Leistung an diesem Tage während der Geschäftszeit zu beschaffen[4]).

Wenn also schlechthin ein Erfüllungstag vereinbart ist, so kann

---

[2]) fr. 12 pr. § 1 Depositi 16, 3, Mommsen a. a. O. S. 223, Anm. 18. Vgl. zu unserer Stelle auch oben, S. 98, 99.

[3]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 22, Nr. 292.

[4]) Vgl. oben, S. 132.

ein solcher Vertrag vernünftigerweise nicht anders ausgelegt werden, als daß die Leistung während der Geschäftszeit geschehen müsse.

Soll demnach die Leistung außerhalb der Geschäftszeit erfolgen, so muß dies besonders ausgemacht werden.

Nun fragt sich weiter: was ist Geschäftszeit?

Hierbei kann viel von den concreten Umständen des einzelnen Falles abhängen. Z. B. der Gläubiger weiß, daß der Schuldner jeden Abend um 7 Uhr sein Comptoir schließt. Nach Inhalt des Vertrages hat der Gläubiger die Leistung im Comptoire des Schuldners entgegenzunehmen. Hier darf der Gläubiger nach Schluß des Comptoirs nicht mehr mahnen.

Wo aber im einzelnen Falle derartige Anhaltspunkte fehlen, scheint es Deutscher Anschauung zu entsprechen, die Geschäftszeit jedenfalls nicht über zehn Uhr Abends auszudehnen; denn um zehn Uhr Abends schließt der Deutsche Philister seine Hausthüre ab.

So kommen wir denn zu dem Satze: daß die Leistung am Erfüllungstage spätestens zehn Uhr Abends beschafft sein muß.

Die Mahnung des Gläubigers ist eine Aufforderung an den Schuldner: mit dem Anbieten der schuldigen Leistung den Anfang zu machen, und mit diesem Anbieten so lange fortzufahren, bis dasselbe seine Endschaft erreicht hat.

Da nun die Leistung noch am Erfüllungstage vor Ablauf der Geschäftszeit beschafft sein muß, so ergibt sich als äußerster Zeitpunkt für die Mahnung der Zeitpunkt, wo der Schuldner spätestens mit dem Anbieten beginnen mußte.

Handelt es sich z. B. um eine Geldzahlung, die in einer viertel Stunde sich beschaffen läßt; so ist der Gläubiger jedenfalls berechtigt, eine viertel Stunde vor Ablauf der Geschäftszeit zu mahnen.

Handelt es sich um eine Leistung anderer Art, die etwa zwei Stunden erfordern würde, z. B. Tradition eines Grundstückes; so ist der Gläubiger jedenfalls berechtigt, zwei Stunden vor Ablauf der Geschäftszeit zu mahnen.

Also der Satz: daß der Schuldner zu bestimmen habe, wann er an dem Erfüllungstage die Leistung anbieten will; findet darin seine Begränzung, daß die Leistung jedenfalls innerhalb der Geschäftszeit beschafft sein muß.

Im übrigen hat der Schuldner zwischen der Geschäftszeit des Erfüllungstages freie Wahl.

Wenn demnach der Gläubiger sich z. B. schon Morgens 9 Uhr

einstellt, kann der Schuldner ihm erwidern: es passe ihm diesen Augenblick noch nicht, Gläubiger möge um 2 Uhr Nachmittags wiederkommen.

Hat dann aber der Schuldner einmal eine solche Zeitbestimmung getroffen, dann ist er hieran gebunden. Und wenn der Gläubiger etwa um 2 Uhr Nachmittags sich wirklich einstellt, darf der Schuldner ihn nicht wieder bis um 3 Uhr wegschicken wollen.

Ferner kann der Schuldner von seinem Zeitbestimmungsrechte in der Weise Gebrauch machen, daß er sich mit der vom Gläubiger gewählten Zeit einverstanden erklärt, und zwar in doppelter Weise.

Entweder er zahlt, wenn der Gläubiger z. B. 9 Uhr Morgens kommt. Oder er sagt zum Gläubiger: er habe kein Geld; ohne von ihm zu verlangen, daß er wiederkommen solle.

In beiden Fällen liegt eine wirksame Mahnung vor: nur daß sie im einen Falle zum Ziele geführt, im andern Falle civiles Unrecht geschaffen hat.

Mit dem letztern Falle steht der auf gleicher Stufe, wo der Schuldner vom Gläubiger zwar verlangt, daß er wiederkommen solle, aber zu einer Zeit, wo dieser es nicht nöthig hat. Ein Fall dieser Art wird z. B. in Seuffert's Archiv, Band I., Nr. 44, beurtheilt: wo ein Schuldner, der am 30. October zu liefern hatte, an diesem Tage Mittags $12^1/_4$ Uhr gemahnt wurde, vom Gläubiger aber verlangte, er möge am 1. November wiederkommen.

Wie verhält es sich nun in dem Falle, wenn der Schuldner dem mahnenden Gläubiger gegenüber gar keine nähere Zeit bestimmt, sich vielleicht in Schweigen hüllt?

Wir haben es hier mit einem Schuldner zu thun, der an einem bestimmten Tage Zahlung versprochen, und zu dem der Gläubiger sich zu bemühen hatte. Da über die Stunde der Zahlung nichts ausgemacht ist, und dem Gläubiger nicht zusteht, dieselbe zu bestimmen; so kann ein solcher Vertrag doch nicht anders aufgefaßt werden, als daß der Schuldner verpflichtet ist: spätestens am Erfüllungstage die Stunde zu bestimmen. Ein Gläubiger, der sich in solchen Fällen am Erfüllungstage, wenn auch in früher Geschäftsstunde, beim Schuldner einfindet, kommt keineswegs zu zeitig. Denn wenn der Schuldner selber die Zahlung auch bis zur letzten Geschäftsstunde verschieben kann; so liegt ihm jetzt in früher Geschäftsstunde dem mahnenden Gläubiger gegenüber doch mindestens die Verpflichtung ob: die Zahlungsstunde zu bestimmen. So weit hat er jedenfalls die Mahnung der Morgenstunde

zu beachten. Und hüllt er sich statt dessen in Schweigen, so liegt eine nichtbeachtete Mahnung vor; der Gläubiger braucht nicht wieder zu kommen [5]).

Es gibt aber auch Leistungen, wo ausnahmsweise der Gläubiger das Zeitbestimmungsrecht hat. Hier muß sich der Schuldner den ganzen Tag während der Geschäftszeit zur Leistung bereit halten, bis der Gläubiger gekommen ist; oder wenigstens für einen Stellvertreter sorgen, der statt seiner die Leistung vornehmen kann.

Einen Anwendungsfall dieser Art bildet die Wechselschuld. Es ist dies zwar nicht ausdrücklich in der Wechselordnung gesagt, aber stillschweigend in derselben enthalten.

In Art. 30 der W. O. heißt es:

„Ist in dem Wechsel ein bestimmter Tag als Zahlungstag bezeichnet, so tritt die Verfallzeit an diesem Tage ein."

Ferner in Art. 91:

„Die Präsentation zur Annahme oder Zahlung — — — — so wie alle sonstigen bei einer bestimmten Person vorzunehmende Acte, müssen in deren Geschäftslocal, und in Ermangelung eines solchen, in deren Wohnung vorgenommen werden."

In Art. 88:

„Der Protest muß enthalten:

— — — — — — — — — — — — — — — — —

3) das an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei."

Und in Art. 41:

„Die Erhebung des Protestes ist am Zahlungstage zulässig."

Hieraus ergibt sich Folgendes.

Die Wechselschuld muß am Zahlungstage selber berichtigt werden.

Ein Protest über eine Präsentation zur Zahlung, vorgenommen am Zahlungstage in dem Geschäftslocale, bezw. der Wohnung des Acceptanten, ist auch dann gültig, wenn er nur die Bemerkung enthält, daß der Acceptant nicht anzutreffen gewesen sei.

Also ist ein Acceptant verpflichtet, am Zahlungstage zu Hause zu bleiben.

---

[5]) Zu demselben Ergebnis gelangt Friedr. Meier im Centralorgan, N. F. Bd. IV., S. 167.

Wenigstens kann eine Präsentation zur Zahlung auch in seiner Abwesenheit gültig vorgenommen werden.

Daraus folgt weiter: daß der Wechselgläubiger das Zeitbestimmungsrecht hat, wann am Zahltage der Wechsel dem Acceptanten präsentirt werden soll.

Dies gilt zunächst für die Präsentation zur Zahlung.

Nun ist zwar jede Präsentation zur Zahlung gleichzeitig eine Mahnung; aber die Mahnung noch keine Präsentation zur Zahlung. Vgl. oben § 22.

Die Präsentation zur Zahlung ist eben die vollere Handlung. Was aber in dieser Beziehung für die vollere Handlung Rechtens, leidet unbedenklich auch auf die weniger volle Handlung, also die einfache Mahnung, Anwendung.

Bei dieser Gelegenheit mag noch bemerkt werden, daß die Mecklenburgische Verordnung vom 28. April 1849, betreffend die Ausführung der allgemeinen Deutschen Wechselordnung, in ihrem § 2 die Geschäftszeit für die im Art. 91 der W. O. bezeichneten Handlungen in folgender Weise bestimmt hat:

„Die im Art. 91 der Wechselordnung bezeichneten Orte dürfen, den Fall eines beiderseitigen Einverständnisses ausgenommen, nur zwischen 9 Uhr Morgens und 7 Uhr Abends vorgenommen werden."

So hat sich denn dies ergeben.

Die Mahnung ist eine Aufforderung an den Schuldner: die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten. Dieser Gedanke, voller ausgedrückt, lautet: die Mahnung ist eine Aufforderung an den Schuldner, mit der Vornahme, insonderheit dem Anbieten der schuldigen Leistung den Anfang zu machen, und mit diesem Anbieten so lange fortzufahren, bis dasselbe seine Endschaft erreicht hat.

Daraus folgt: daß der Gläubiger schon dann zur Mahnung berechtigt, wenn nur der Schuldner erst verpflichtet ist, mit dem Anbieten der schuldigen Leistung den Anfang zu machen.

Zunächst veranschaulichten wir uns diesen Satz bei Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nahmen.

Dann wandten wir uns zu den kurzen Leistungen. Hier waren uns vorzugsweise die Leistungen von Wichtigkeit, für die ein besonderer Erfüllungstag vereinbart, und wo der Gläubiger beim Schuldner die Leistung entgegenzunehmen hat.

Es galt in dieser Beziehung, den Zeitpunkt auszumitteln, von

wann an der Gläubiger zur Mahnung berechtigt, von wann an der Schuldner den mahnenden Gläubiger nicht mehr zurückweisen darf.

Da jede Handlung, und sei sie auch noch so kurz, eine Spanne Zeit in Anspruch nimmt, da also auch jedes Anbieten in zeitlicher Hinsicht einen Anfangs- und einen Endpunkt hat, da im gegebenen Fall der Endpunkt noch in den Erfüllungstag fallen muß, da der Anfangspunkt vor dem Endpunkt liegt, da endlich eine Mahnung schon dann zulässig, wenn nur der Schuldner verpflichtet ist, mit der fraglichen Handlung den Anfang zu machen; so folgt: der Gläubiger ist im gegebenen Falle berechtigt, am Erfüllungstage selber zu mahnen, und eine Nichtbeachtung dieser Mahnung läßt das Fortbestehen der schuldigen Leistung schon vom Erfüllungstage an als civiles Unrecht erscheinen.

§ 46.

Vorhandlungen oder Vorverpflichtungen des Schuldners.

Die Handlung, zu deren Vornahme der Schuldner verpflichtet, ist vorzugsweise die Oblation. Bisher dachten wir uns diese Oblation als eine einheitliche Handlung. Jetzt wollen wir den Begriff „Oblation“ einmal etwas schärfer in's Auge fassen. Worin besteht beim Bau eines Hauses, beim Anfertigen eines Kleidungsstückes die Oblation?

Zunächst darin, daß der Baumeister tagtäglich seine Leute schickt, und sich zur Ausführung des Baues bereit erklärt. Oder darin, daß der Schneidergeselle sich beim Schneidermeister einfindet, und sich zur Anfertigung des Kleidungsstückes bereit erklärt.

Aber wenn nun diese tagtäglich sich erneuernde Oblation des Baumeisters zur Ausführung des Baues tagtäglich vom Bauherrn angenommen, und der Bau endlich fertig wird, wie dann? Dann sagt der Baumeister zum Bauherrn: „der Bau ist fertig“; und bittet um Abnahme. Das ist aber wieder Oblation, nur eine Oblation anderer Art.

Ebenso verhält es sich mit dem Schneidergesellen, der mit dem Kleidungsstücke fertig geworden, und das fertige Kleidungsstück seinem Meister anbietet.

Wir haben es also in diesen Fällen genau genommen mit zwei verschiedenen Oblationen zu thun: einer mehr dauernden und einer mehr augenblicklichen. Und zwar erscheint die dauernde Oblation in ihrem Verhältnis zur augenblicklichen als Vorhandlung.

Wir sahen bereits: daß in Fällen der gedachten Art der Gläubiger schon dann zur Mahnung berechtigt, wenn nur der Schuldner erst verpflichtet sei, mit dem Bau oder dem Anfertigen des Kleidungsstückes den Anfang zu machen.

Wenn es aber wahr ist, daß dieser dauernden Oblation noch eine augenblickliche nachfolgt; wenn es wahr ist, daß diese dauernde Oblation zur augenblicklichen im Verhältnis einer Vorhandlung steht: so ist ja bereits bewiesen, daß der Gläubiger schon dann zur Mahnung berechtigt, wenn der Schuldner nur erst zur Vornahme von Vorhandlungen verpflichtet ist.

Und diese Vorhandlungen brauchen gar nicht einmal selber aus Oblationen zu bestehen, obwohl die im Hintergrunde schwebende Nachhandlung regelmäßig eine Oblation sein wird.

Dies darf um so weniger auffallen, als ja die Mahnung auf die Obligationen, bei denen zur Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, an sich nicht beschränkt ist, obwohl sie sich hier vorzugsweise geltend macht. Vgl. oben, S. 85.

Zu dem Satze übrigens: daß auch die Vorhandlungen nicht aus Oblationen zu bestehen brauchen, leiten am besten folgende Betrachtungen über.

Bisher dachte ich mir die fraglichen Fälle so, daß der Schuldner beim Gläubiger arbeiten müsse. Der Baumeister hat auf dem Grund und Boden des Bauherrn zu bauen. Der Geselle hat in der Werkstatt des Schneidermeisters den Rock anzufertigen.

Nun setze man aber einmal: der Accord betreffe ein Haus, welches der Baumeister auf seinem eignen Grund und Boden zu bauen beabsichtigt; oder der Geselle solle in seiner eignen Wohnung auf Stück arbeiten.

Hier kommt es allerdings auch zur Oblation, wenn der Baumeister mit dem Hause, der Geselle mit dem Rocke fertig ist. Und ehe es zu dieser Oblation kommt, bedarf es gleichmäßig in beiden Fällen einer dauernden Vorhandlung. Man kann aber diese dauernde Vorhandlung kaum noch Oblation nennen.

Andererseits leuchtet wieder ein: daß hier ebenso gut eine Mahnung schon dann zulässig sein müsse, wenn der Baumeister nur erst verpflichtet ist, mit dem Bau, und der Geselle nur erst verpflichtet ist, mit dem Anfertigen des Rockes zu beginnen.

So bildet sich denn folgender Satz.

Der Gläubiger ist schon dann zur Mahnung berechtigt: wenn der Schuldner nur erst zu Vorhandlungen verpflichtet ist, welche die Oblation vorbereiten sollen, ohne daß diese Vorhandlungen selber Oblationen zu sein brauchen.

Damit sind wir aber auch nach dieser Richtung hin an der äußersten Grenze angelangt. Denn wenn ein Schuldner noch nicht einmal zu Vorhandlungen verpflichtet ist, welche die Oblation vorbereiten sollen, so kann er auch nicht wirksam gemahnt werden.

Der aufgestellte Satz soll jetzt näher erörtert werden. Aus den Pandekten sind mir zwei hier einschlagende Stellen bekannt.

fr. 84 Leg. II. — Paulus libro vicesimo primo quaestionum.

> Si quis servo suo fideicommissam libertatem reliquit et aliud quid adscripsit: quidam dicunt, quia placebat ab herede eum manumitti debere, futurum esse, ut non admittatur ad fideicommissum: sed hoc iniquum est, in hujusmodi enim persona utriusque quodammodo dies cessit et libertatis et pecuniae petendae, adeo ut putem, si mora fiat praestandae libertati, etiam fideicommisso moram videri factam et usurarum onus accedere: nam et cetera quae medio tempore adquisiit domino, dum moratur praestare libertatem, eidem restitui oportere rectissime responsum est.

Anlangend den Text, so nimmt Th. Mommsen am Ausdruck cetera Anstoß und vermuthet statt dessen praeterea. Nun ist allerdings cetera ungenau gesprochen. Denn vorher ist nicht von Erwerb des Sclaven, sondern von einer Zinsenverbindlichkeit des Erben die Rede. Sollte man aber deshalb schon zu einer Textänderung genöthigt sein? Sollten derartige Ungenauigkeiten im Ausdruck nicht auch bei heutigen Schriftstellern vorkommen? Sollte namentlich unser „sonst“ nicht gerade so ungenau gebraucht werden? Ich meine, wir können die Worte „nam et cetera quae medio tempore adquisiit domino“ ganz füglich übersetzen: „denn auch was er sonst dem Herrn in der Zwischenzeit erworben hat.“

Der Inhalt der Stelle ist dieser. Es hat jemand seinem Sclaven die Freiheit und außerdem eine Summe Geldes fideicommissarisch vermacht. Der Erbe ist also einerseits zur Freilassung und andererseits zu einer Geldleistung an den Freizulassenden verpflichtet, und zwar erscheint die Frei=

lassung in Bezug auf die Geldleistung als die Vorhandlung, welche die Nachhandlung vorbereiten soll.

Wann ist nun dieser Sclave berechtigt, wegen des Geldvermächtnisses zu mahnen? Schon dann, wenn er die Freilassung fordern darf. Es braucht sogar seine Mahnung sich nicht einmal ausdrücklich mit auf die Geldleistung zu erstrecken. Es soll genügen, wenn er nur wegen der Freilassung mahnt. Hier haben wir also auf's neue ein Beispiel, wo eine Mahnung mehr enthält, als wonach sie aussieht, vgl. oben, S. 447. Das Recht geht eben von der Voraussetzung aus: daß dem Sclaven, der in solchem Falle wegen der Freilassung mahnt, nicht bloß hierum, sondern auch um die Geldleistung zu thun sei.

Mommsen bemerkt zu dieser Stelle S. 131:

„Nur insofern trat eine allerdings sehr nahe liegende Begünstigung des Sclaven ein, als die Interpellation in Betreff der Freilassung zugleich eine Mora in Ansehung des Vermächtnisses begründete, welches der zur Freilassung Verpflichtete neben der Freiheit dem Sclaven zu leisten hatte."

Mommsen erblickt also in dieser Entscheidung des Paulus eine Singularität, und mußte von seinem Standpunkt aus hierin eine solche erblicken. Zur Erklärung dieser Singularität nimmt er dann den favor libertatis zu Hülfe. Diese Erklärung hat jedenfalls den Umstand gegen sich: daß Paulus es nicht für nöthig findet, seine Entscheidung hierauf zu stützen.

Ferner befinden sich mit dieser Singularitäts-Annahme die von Mommsen gebrauchten Worte „sehr nahe liegende" nicht in Einklang. Singularitäten pflegen doch nicht sehr nahe zu liegen. Der Fälligkeitsvoraussetzung, von der Mommsen ausgeht, steht die in unserer Stelle getroffene Entscheidung jedenfalls sehr ferne.

fr. 92 C. & D. 35, 1. — Ulpianus libro quinto fideicommissorum.

cui rei consequens est, quod divus Severus rescripsit, nam cum quaedam mulier nepotes suos heredes instituisset et ipsum filium coheredem filiis suis dedisset eosque invicem substituisset rogassetque filium, ut filios emanciparet, non autem rogasset, ut hereditatem eis restitueret: ex auctoritate divi Severi emancipare eos compulsus est hisque restituere hereditatem, et adjectum est, ut, si tardius id faceret, quasi ex mora

usuras praestaturum: videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi eam facere.

Das vorletzte Wort eam, welches die Florentiner Handschrift hat, ist corrupt. Haloander schlägt statt dessen etiam vor. Noch einfacher dürfte es sein, jam zu lesen. Denn e und i werden oft in der Handschriften verwechselt [1]). Und wie leicht hier eine Verwechslung möglich war, wird recht einleuchtend: wenn man sich z. B. auf dem ersten der Facsimile, welche Th. Mommsen von der Florentiner Handschrift dem zweiten Bande seiner großen Pandektenausgabe angehängt hat, das e und i in dem Namen Modestinus betrachtet.

Der Inhalt der Stelle ist dieser. Eine Mutter hat ihrem Sohne auferlegt, ihre Enkel (seine Söhne) zu emancipiren, und ihnen ihre großmütterliche Erbschaft auszuliefern.

Der Sohn ist also einerseits zur Emancipation und andererseits zur Auslieferung der Erbschaft verpflichtet; und zwar erscheint die Emancipation in Bezug auf die Auslieferung der Erbschaft als die Vorhandlung, welche die Nachhandlung vorbereiten soll.

Wann sind nun hier die Gläubiger berechtigt, wegen Auslieferung der Erbschaft zu mahnen? Schon dann, wenn sie die Emancipation fordern dürfen.

Und auch hier soll es genügen, wenn nur wegen der Emancipation ausdrücklich gemahnt ist; eine derartige Mahnung soll so angesehen werden, als beziehe sie sich mit auf die Auslieferung der Erbschaft.

Mommsen bemerkt zu dieser Stelle, S. 132:

„Es wurde aber in gleicher Weise, wie beim Sclaven in Ansehung des neben der Freiheit ihm hinterlassenen Vermächtnisses, angenommen, daß die Interpellation in Ansehung der Emancipation zugleich eine Mora in Ansehung des Universalfideicommisses begründe."

Mommsen scheint also auch diese Entscheidung für eine Singularität zu halten.

Es ist begreiflich, daß Mommsen an beiden Stellen Anstoß nahm. Denn mit seiner Fälligkeitsvoraussetzung stehen sie durchaus in Widerspruch.

Mommsen hätte dann nur an verschiedenen Stellen seines eignen Buches gleichfalls Anstoß nehmen müssen.

[1]) Vgl. Best, ratio emendandi Cap. I, pag. 15. Fuchs, kritische Studien, S. 24 fgg.

So lesen wir z. B. bei ihm, S. 48:

„Bei denjenigen Obligationen, bei welchen es dem Gegenstande noch an der zur Vornahme der Leistung nöthigen Bestimmtheit fehlt (bei den alternativen und generischen Obligationen), kann die Leistung nicht erfolgen, ehe die nähere Feststellung des Gegenstandes stattgefunden hat. In so fern aber die Wahl dem Schuldner zusteht, wird dadurch, daß derselbe sich noch nicht entschieden hat, die Wirksamkeit der Interpellation nicht gehindert. Steht das Wahlrecht dem Gläubiger zu, so kann derselbe wegen der Schuld selbst nicht interpelliren, ehe er die Wahl vorgenommen hat; er kann sich aber, wenn der Schuldner ihn nicht in den Stand setzen will, die Wahl vorzunehmen, dadurch helfen, daß er die actio ad exhibendum zum Behuf der Vornahme der Wahl anstellt, und den Schuldner in Ansehung seiner Verbindlichkeit zur Exhibition in Mora versetzt."

Mommsen unterscheidet hier also bei den alternativen Obligationen, ob die Wahl dem Schuldner oder dem Gläubiger zustehe. Er meint, im ersteren Falle werde die Wirksamkeit der Mahnung nicht gehemmt.

Mommsen läßt hier also eine Mahnung in Bezug auf die Leistung zu, ehe der Schuldner gar gewählt hat. Wie reimt sich das aber zu seiner Fälligkeitsvoraussetzung? Denn ist noch keine Wahl von Seiten des Schuldners erfolgt, so haben wir uns den vollen Inhalt der Mahnung doch so zu denken: der Schuldner solle wählen und dann leisten. Die Wahl erscheint hier also als die Vorhandlung, und der Gläubiger ist schon dann berechtigt, wegen der Nachhandlung zu mahnen, wenn der Schuldner nur erst zur Vorhandlung verpflichtet ist[2]).

Stehe dagegen das Wahlrecht dem Gläubiger zu, so meint Mommsen, daß derselbe wegen der Schuld selbst (soll heißen: wegen der Nachhandlung) nicht mahnen könne, bevor er gewählt habe. Er könne sich aber dadurch helfen, daß er den Schuldner auffordere, ihn zur Vornahme der Wahl in Stand zu setzen.

Allein mich dünkt, wenn ein solcher Gläubiger vom Schuldner verlangt, daß er ihn zur Vornahme der Wahl in Stand setze; so steht er gerade so da, wie der Gläubiger, welcher in fr. 92 C. & D. 35, 1 Emancipation, oder welcher in fr. 84 Leg. II. Freilassung verlangt. Dem Gläubiger ist wahrlich nicht bloß um Vornahme der Wahl zu

---

[2]) Vgl. hierzu unten, § 55, Nr. I.

thun, er will auch die Leistung. Wir haben also auch eine derartige Mahnung so aufzufassen, als wenn sie gleichzeitig mit auf die Nachhandlung gerichtet wäre. Und zu dieser Mahnung ist der Gläubiger bereits dann berechtigt, wenn der Schuldner nur erst zur Vorhandlung verpflichtet ist.

Vorhandlung und Nachhandlung lassen sich hier auch gar nicht in der Weise auseinanderhalten, daß man die Mahnung auf die Vorhandlung beschränkte, und in Bezug auf die Nachhandlung für unwirksam erklärte. Man setze z. B. folgenden Fall.

Ein Vermächtnisnehmer soll zwischen mehreren Taschenuhren des Erblassers sich eine aussuchen können. Der Erbe will ihm aber die Uhren nicht zeigen. Nachts darauf werden dem Erben sämmtliche Uhren gestohlen. Hier ist doch dem Vermächtnisnehmer, den der Erbe zur Vornahme der Wahl nicht in Stand setzen wollte, der Werth der ihm vermachten Uhr zu erstatten. Ich weiß nicht: wie man hier die Mahnung in Bezug auf die Vorhandlung von der Mahnung in Bezug auf die Nachhandlung überall trennen kann; wenn nämlich der Schuldner die auf Vornahme der Verhandlung gerichtete Mahnung unbeachtet ließ.

Auch scheint Mommsen dies selber kaum geglaubt zu haben. Denn auf derselben Seite 48 finden wir bei ihm folgenden, auch in anderer Beziehung von seinem Standpunkte aus sehr merkwürdigen Ausspruch:

„Bei bedingten Obligationen kann vor der Erfüllung der Bedingung im Allgemeinen keine Mora herbeigeführt werden. Daher ist die Begründung einer Mora auch bei den imperfecten Contracten in der Regel ausgeschlossen, da diese als bedingte Obligationen betrachtet werden. Doch erleidet dies eine Ausnahme, wenn die Erfüllung der Bedingung von einer Handlung oder Zulassung des Schuldners abhängt, und diese Handlung oder Zulassung eine solche ist, zu welcher der Schuldner nach dem Contract verpflichtet ist. Demgemäß kann bei der emptio ad mensuram der Schuldner dadurch in Mora versetzt werden, daß der Gläubiger ihn zur Zumessung auffordert. Die Mora bezieht sich hier allerdings eigentlich nur auf die zur Erfüllung der Bedingung nöthige Handlung oder Zulassung des Schuldners; in den Wirkungen bleibt sich dies aber gleich."

Mommsen betrachtet nämlich die emptio ad mensuram in Gemäßheit von fr. 35, § 5, 6, C. E. 18, 1, als einen bedingten Kauf: abgeschlossen unter der Bedingung, daß der Preis durch die

Zumessung noch festgestellt werde [3]). Wenn also jemand den Waizen auf seinem Speicher verkauft, und als Preis für jeden Scheffel zwei Thaler vereinbart werden; so ist nach Mommsen das Versprechen der Waizenlieferung ein bedingtes, und zwar bedingt durch die Zumessung. Diese Zumessung hat der Schuldner entweder selber vorzunehmen, oder deren Vornahme dem Gläubiger zu gestatten. Wir haben es hier also nach Mommsen einerseits mit einer bedingten Leistung zu thun; andererseits hängt aber die Erfüllung der Bedingung von einer Handlung oder Zulassung des Schuldners ab, und zu dieser Handlung oder Zulassung ist der Schuldner nach dem Contract verpflichtet. Das heißt mit andern Worten: die Leistung ist bedingt durch eine Vorhandlung, und zur Vornahme dieser Vorhandlung ist der Schuldner verpflichtet.

Nun sagt Mommsen weiter so: wenn hier der Gläubiger den Schuldner zur Zumessung auffordere, so sei das eine wirksame Mahnung. Man möchte meinen: nach dem, was wir soeben von Mommsen bei den alternativen Obligationen vernommen haben, müsse sich die Wirksamkeit auf die Vorhandlung beschränken. Mit nichten! Hier lesen wir im Gegentheil: „in den Wirkungen bleibt sich dies aber gleich." Das heißt doch offenbar: Vorhandlung und Nachhandlung lassen sich in dieser Beziehung gar nicht von einander trennen.

Ich sagte: die zuletzt ausgeschriebene Stelle aus Mommsen sei auch in anderer Beziehung merkwürdig. Denn nicht bloß, daß Mommsen beim Kauf nach Maß eine auf Vornahme der Vorhandlung gerichtete Mahnung von einer Mahnung in Bezug auf die Nachhandlung gar nicht mehr auseinander zu halten weiß — Mommsen muß hier auch vollständig vergessen haben, daß seiner Ansicht zufolge Fälligkeit der Schuld eine Voraussetzung der Mahnung sei. Denn Mommsen läßt hier ja eine Mahnung in Bezug auf eine Leistung, die zur Zeit der Mahnung noch eine bedingte ist, Wirkungen ausüben.

Eins von beiden kann jedenfalls nur richtig sein: entweder die Fälligkeitsvoraussetzung, oder der zuletzt besprochene Satz. Das Verkehrte ist auch hier wieder die Fälligkeitsvoraussetzung; der Satz, den wir zuletzt kennen gelernt haben, dagegen durchaus richtig.

In Bezug auf die bedingten Leistungen sind wir schon früher zu folgendem Ergebnis gelangt.

Wir sahen: daß einer bedingten Leistung gegenüber so lange von

---

[3]) Vgl. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung, S. 338, 339.

Mahnung keine Rede sein könne, als der Zustand der Schwebe daure; daß sich aber dann die Sache anders stelle, wenn gleichzeitig mit der Mahnung die Erfüllung der Bedingung Statt finde. Vgl. oben, S. 440.

Hier haben wir nun gefunden, daß der Gläubiger schon dann zur Mahnung berechtigt: wenn der Schuldner nur erst zu einer Vorhandlung verpflichtet ist, welche die Nachhandlung, die Oblation, vorbereiten soll.

Diese beiden Ergebnisse brauchen wir nur zusammen zu nehmen, und wir gelangen dann schon zu dem Mommsen'schen Satze.

Denn die bedingte Leistung, als solche, schließt die Mahnung keineswegs aus. Es soll ja genügen, wenn gleichzeitig mit der Mahnung die Erfüllung der Bedingung Statt finde. Diese Erfüllung kann nun von einer Handlung des Gläubigers, oder einer Handlung des Schuldners abhängen. Ist eine Handlung des Gläubigers die Voraussetzung, so muß er sie bei der Mahnung vornehmen. Ist eine Handlung des Schuldners die Voraussetzung, so muß der Gläubiger ihn hierzu auffordern. Und wenn dann die Sache so liegt, daß man annehmen muß, es sei dem Gläubiger nicht bloß um die Vorhandlung, sondern auch um die Nachhandlung zu thun gewesen; oder wenn der Gläubiger seine Mahnung ausdrücklich hierauf miterstreckt: so wäre wahrlich nicht einzusehen, warum sich eine solche Mahnung nicht auch in Bezug auf die Nachhandlung als wirksam erweisen sollte.

Wenn ich nun diesem zufolge mich mit dem zuletzt besprochenen Satze Mommsen's durchaus einverstanden erkläre, so ist dies weniger hinsichtlich des Beispieles der Fall. Ein Kauf nach Maß ist gar kein bedingter Kauf in dem Sinne, wie Mommsen meint. Wenn hier der Gläubiger verpflichtet ist, die Messung selber vorzunehmen, so wollte ich es mir gefallen lassen, daß man insofern die Leistung des Verkäufers eine einseitig-bedingte nennte, als man sagte: die Leistung des Verkäufers ist dadurch bedingt, daß der Käufer kommt und die Messung vornimmt. Dagegen ist mir wahrhaft unbegreiflich: wie die Verpflichtung des Verkäufers zur Waizenlieferung dadurch solle bedingt sein können, daß er, der Schuldner selber, die Zumessung vornehme, oder deren Vornahme dem Gläubiger gestatte. Dann ist es z. B. auch, und zwar in noch höherem Grade, ein bedingtes Rechtsgeschäft, wenn ich mir beim Schneider einen Rock bestelle: denn die Lieferung des Rockes ist auch dadurch bedingt, daß der Schneider den Rock anfertigt. Die Sache liegt vielmehr in beiden Fällen so. Wir haben

es in beiden Fällen auf Seiten des Schuldners mit einer unbedingten Vorhandlung und unbedingten Nachhandlung zu thun. In einem Falle ist der Schuldner unbedingt verpflichtet: erst die Zumessung vorzunehmen, bezw. deren Vornahme zu gestatten, und dann zu liefern. Im andern ist der Schuldner unbedingt verpflichtet: erst den Rock anzufertigen und dann zu liefern.

Mommsen beruft sich freilich auf fr. 35, § 5, 6, C. E. 18, 1. Allein mit Recht fragt in dieser Beziehung v. Stintzing[4]): „Was sollte auch suspendirt sein?"

Zudem ist in der Stelle nur von einem „quasi sub hac conditione" die Rede. Ich muß allerdings aufrichtig gestehen: daß ich zwar wohl die Begriffe Bedingtheit und Unbedingtheit kenne, daß dagegen eine Gleichsam=Bedingtheit ein Begriff ist, der für mich nicht existirt. Etwas anderes hat es aber doch wohl sein sollen, als die Bedingtheit, denn warum wäre sonst quasi hinzugefügt.

v. Stintzing a. a. O. will conditio mit Nebenberedung übersetzen. Es ist mir fraglich: ob das hier angeht, ob damit eventuell irgend etwas gewonnen wäre, und ob sich überhaupt die von Gajus nach dem Vorgange von Sabinus und Cassius gemachte Unterscheidung halten läßt.

Uebrigens hat Theodor Mommsen richtig gesehen, daß diese Stelle an einer Auslassung leidet.

Windscheid[5]) sucht diese Römische Entscheidung in folgender Weise zu retten:

„In diesem Falle ist der Kaufpreis nicht bloß ein nicht gewußter — —, sondern es ist auch noch durchaus ungewiß, ob er ein wißbarer sein wird; er wird es eben dann nicht sein, wenn der Untergang der betreffenden Quantität die Bestimmung ihrer Maßeinheiten unmöglich macht."

Das ist ganz richtig: wenn der Waizen untergeht, kann er nicht gemessen werden. Aber ebenso richtig ist: wenn der Waizen untergeht, kann er nicht geliefert werden. Dann ist ja aber der Kauf nicht durch das Zumessen bedingt, sondern durch Vorhandensein der Sache. Wohin kämen wir auf diese Weise? Dann wäre jeder Kauf in Bezug auf eine Species ein bedingter. Denn die Leistung ist jedes Mal durch das Vorhandensein der Species bedingt.

---

[4]) In Ihering's Jahrbüchern, Bd. 10, S. 189.

[5]) Pandekten, Bd. II., § 390, Anm. 12.

Ich kann hier nicht näher auf diese Sache eingehen, ich würde dann weitläufig die Frage erörtern müssen: ob und wie weit der Käufer die Gefahr zu tragen habe [6]; in welcher Beziehung ich freilich nicht glaube, daß die Ansichten der Römischen Rechtsgelehrten über allem Zweifel erhaben, und überall mit unserm heutigen Rechtsgefühl in Einklang sind [7]).

Ich muß mich demnach darauf beschränken: die Richtigkeit des in Frage stehenden Satzes an einem andern Beispiele zu zeigen, wo wir es mit einer wirklichen Bedingtheit zu thun haben, die durch eine Vorhandlung des Schuldners gehoben werden kann, zu deren Vornahme er nach dem Contract verpflichtet ist.

Es hat z. B. jemand sein Erbpachtgrundstück unter der Bedingung verkauft, daß die Grundherrschaft den Kauf genehmigen werde; und sich, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, verpflichtet, die Genehmigung der Grundherrschaft nachzusuchen.

Die Vorhandlung besteht hier darin, daß der Verkäufer die Kaufpunctationen bei der Grundherrschaft einreicht, und deren Zustimmung erbittet. Die Nachverpflichtung ist Tradition des Erbpachtgrundstückes, und diese ist dadurch bedingt, daß die Grundherrschaft den Kauf genehmige. Damit aber eine derartige Genehmigung erfolge, ist eine Vorhandlung des Schuldners erforderlich.

Wenn nun z. B. der Käufer den Verkäufer am 11. Juli 1870 dahin mahnt, daß derselbe die Punctationen einreiche, und die Zustimmung der Grundherrschaft nachsuche; der Verkäufer hiermit aber bis zum 11. Juli 1871 säumt, wohl gar erst auf dem Wege der Klage hierzu angehalten werden muß; und dann schließlich die Grundherrschaft ihre Zustimmung ertheilt: so muß der Verkäufer den Käufer dafür entschädigen, daß er ein Jahr zu spät in den Besitz des Erbpachtgrundstückes gelangte. Es hat sich ja durch die Genehmigung der Grundherrschaft hinterdrein herausgestellt, daß der Verkäufer bereits am 11. Juli 1870 in der Lage war, durch eine Vorhandlung die Bedingtheit der Nachhandlung zu heben; und weil er hiermit ein Jahr zögerte, hat er den Käufer deswegen schadlos zu halten.

Ich reihe hieran die Besprechung eines Falles, der mit dem zuletzt erörterten vielfache Aehnlichkeit hat.

Die Nachhandlung kann davon abhängig sein, daß der Gläubiger

---

[6]) Vgl. hierüber Regelsberger, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 13, S. 90—118.

[7]) Kniep, Einfluß der bedingten Novation, S. 57 fgg.

sich zur Entgegennahme der Leistung beim Schuldner einzufinden hat, während die Vorhandlung vielleicht ganz ohne Mitwirkung des Gläubigers beschafft werden kann. Dies läßt sich auch so ausdrücken: die Nachhandlung kann dadurch einseitig bedingt sein, daß sich der Gläubiger beim Schuldner einzufinden hat, während die Vorhandlung eine völlig unbedingte ist. Auch hier ist der Gläubiger schon dann berechtigt, zu mahnen, wenn der Schuldner nur erst zur Vornahme der Vorhandlung verpflichtet ist.

Einem Erben ist z. B. vom Testator die Verpflichtung auferlegt: für den X eine bestimmte Wohnung in Stand zu setzen, und diesen dort seine Lebenszeit über wohnen zu lassen.

Hier ist die Vorverpflichtung: die Instandsetzung der Wohnung. Fordert der X den Erben hierzu auf, so ist eine solche Mahnung nicht so zu verstehen, als ob dem X bloß um die Instandsetzung der Wohnung zu thun sei, er will dort auch wohnen. Zu einer solchen Mahnung ist der X aber schon dann berechtigt, wenn der Erbe nur erst zur Instandsetzung der Wohnung verpflichtet ist; obschon der Gläubiger sich später, wenn ihm die Wohnung eingeräumt werden soll, beim Schuldner einzufinden hat. Das Recht geht eben von der Voraussetzung aus: daß der Gläubiger sich später sicher eingestellt hätte, wenn vom Schuldner die Instandsetzung der Wohnung zufolge der Aufforderung des Gläubigers wirklich gleich vorgenommen wäre. Gesetzt also, die Mahnung erfolgte am 12. Juli 1870, der Erbe begann aber mit der Instandsetzung erst am 12. Juli 1871; so muß er dem Vermächtnisnehmer mindestens erstatten, was dieser in Folge dieser Zögerung mehr an Miethe hatte zahlen müssen.

Jetzt will ich noch einen ganz einfachen hierher gehörigen Fall besprechen, weil Mommsen denselben erörtert hat, und die Aeußerungen dieses Schriftstellers nicht ohne Interesse sind wegen der Art und Weise, wie er sich mit der Fälligkeitsvoraussetzung abzufinden sucht.

Mommsen sagt S. 64:

„So wird z. B. der Schuldner, welcher einen Reisekoffer zu einer Reise nach einem andern Orte geliehen hat, und darauf zur Zurücksendung des Koffers aufgefordert ist, zwar nicht sogleich mit dem Augenblicke der Interpellation in Mora sein; er ist aber verpflichtet, den Koffer so bald, als thunlich, abzusenden. Er muß daher den Gläubiger selbst dann entschädigen, wenn sein Haus vor dem Ablauf der zur Zurücklieferung des Koffers ihm einzuräumenden

Frist abgebrannt, und dadurch die Restitution des Koffers unmöglich geworden ist, in so fern es ihm zur Last gelegt werden kann, daß er nicht schon vor dem Hausbrande den Koffer abgeschickt hat."

Die Entscheidung ist richtig. Wie sieht es aber mit der Begründung aus?

In dieser Beziehung ist es ein offenbarer Widerspruch, wenn Mommsen einerseits von einem „nicht sogleich mit dem Augenblicke der Interpellation in Mora sein", und andererseits von einer Verpflichtung spricht, „den Koffer so bald, als thunlich, abzusenden".

Die Entscheidung ist vielmehr auf folgende Weise zu begründen.

Der Leiher des Koffers ist einerseits verpflichtet, den Transport des Koffers zu besorgen: er gibt ihn z. B. auf die Post, oder schließt in dieser Beziehung mit einem sonstigen Fuhrmann einen Vertrag ab.

Andererseits muß er diesen Koffer dem Ausleiher, nachdem der Rücktransport beschafft worden, anbieten. Dies Anbieten kann füglich durch den Fuhrmann geschehen.

Der Rücktransport erscheint in Bezug auf diese Oblation als die Vorhandlung. Und zu einer Mahnung ist der Gläubiger schon dann berechtigt, wenn der Schuldner nur erst zur Vorhandlung verpflichtet ist.

Das Mommsen'sche „in Mora sein" ist nichts anderes, oder sollte wenigstens nichts anderes sein, als was ich „wirksame Mahnung" nenne. Nun wäre es aber doch ein offenbarer Widerspruch: wenn man von einer wirksamen Mahnung sprechen wollte, die eher wirkt, bevor sie wirkt.

Es kann allerdings vorkommen, daß eine wirksame Mahnung nicht sogleich wirkt, daß also zwischen dem Augenblicke ihrer Vornahme und dem Augenblicke ihrer Wirksamkeit eine Zwischenzeit liegt. Z. B. ein Gläubiger mahnt seinen Schuldner dahin, daß er seine Rechnung binnen acht Tagen berichtige. Man darf nur die Sache nicht umkehren wollen; denn eine Mahnung, die eher wirkt, bevor sie wirkt, ist ein Unding.

Dasselbe Beispiel, das hier soeben erörtert worden, hat Mommsen früher schon einmal Kopfzerbrechen verursacht. Wir lesen nämlich bei ihm, S. 47:

„Von den im Text erwähnten Fällen sind diejenigen wohl zu unterscheiden, wo die Zeit, bis zu welcher die Leistung vollständig ausgeführt sein muß, nicht nach der Zeit der Begründung der Obligation, sondern nach der Zeit der Interpellation berechnet wird, wie z. B. bei dem Commodat einer Sache, welche der Commodatar mit

Bewilligung des Gläubigers an einem entfernten Orte benutzt, aber auf Erfordern des letzteren diesem zurückzuschicken hat. Daß in diesen Fällen die oben angegebene Beschränkung der Interpellation nicht stattfindet, versteht sich von selbst."

Allein von selbst versteht sich gar keine Entscheidung, oder, wenn man will, jede. Denn Entscheidung ist nichts anders, als richtige Schlußfolgerung auf Grundlage gegebener Vordersätze.

Häufig findet man indes den Ausdruck „versteht sich von selbst" gerade da gebraucht, wo die Schriftsteller zu Entscheidungen gelangen, welche mit ihren Vordersätzen in Widerspruch stehen. Auch der Wendung „diese Consequenzen ziehen wir nicht" begegnet man hier wohl.

So verhält es sich hier auch mit dem Mommsen'schen „versteht sich von selbst". Denn die „angegebene Beschränkung", die nicht stattfinden soll, ist nichts anderes, als seine Fälligkeitsvoraussetzung. Und wenn sich in dem besprochenen Falle von selbst verstehen soll, daß eine Mahnung vor der Fälligkeit zulässig sei; so hat Mommsen damit gleichzeitig seinen eignen Vordersatz fallen gelassen.

So haben wir denn durch verschiedene Anwendungsfälle den Satz bestätigt gefunden: eine Mahnung in Bezug auf die Nachhandlung ist schon dann zulässig, wenn der Schuldner nur erst zu einer Vorhandlung verpflichtet ist, welche die Nachhandlung vorbereiten soll.

Damit sind wir nach dieser Richtung hin an der äußersten Grenze angelangt, und können uns jetzt unserm andern Zielpunkte zu bewegen, indem wir die Frage beantworten: in wie fern der gemahnte Schuldner Frist beanspruchen dürfe.

Hier werden wir gleichzeitig Gelegenheit finden, uns unsere Vorhandlung noch einmal von einem andern Gesichtspunkte aus zu betrachten.

§ 47.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner Frist beanspruchen.

Mit der Frage: in wie fern der gemahnte Schuldner Frist beanspruchen dürfe; ist verschiedenes zusammengemengt worden, was nicht dahin gehört.

So ist z. B. mit Unrecht fr. 21 de judiciis 5, 1 hierher gezogen[1]). Die Stelle, welche von Ulpian herrührt, lautet:

[1]) So auch von Mommsen a. a. O. S. 37, 40, 61 und 63.

Si debitori meo velim actionem edere, probandum erit, si fateatur se debere paratumque dicat solvere, audiendum eum, dandumque diem cum conpetenti cautela ad solvendam pecuniam: neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. modicum autem tempus hic intellegendum est, quod post condemnationem reis indultum est.

In dieser Stelle ist nur gesagt: daß jemand, der eine Schuld eingesteht, denselben Anspruch auf Frist, wie ein Verurtheilter habe, bevor der Gläubiger die actio judicati anstellen, bezw. Execution beantragen dürfe. Diese Frist betrug [2]) nach den Zwölf Tafeln dreißig Tage [3]), nach dem Theodosianischen Codex zwei Monate [4]), und nach Justinianschem Recht vier Monate [5]).

Unsere Stelle enthält demnach denselben Gedanken, den Ulpian anderswo, nämlich in fr. 6, § 6, de confessis 42, 2, so ausdrückt:

Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa judicati habebunt.

Freilich fügt Ulpian in der ersteren Stelle noch hinzu „neque enim magnum damnum est in mora modici temporis"; und dabei mag ihm vorgeschwebt haben, daß während des tempus judicati die bisherige Zinspflicht regelmäßig ruhte [6]) (quid enim pertinet ad officium judicis post comdemnationem futuri temporis tractatus?), und auf diese Begünstigung auch ein confessus Anspruch haben müsse. Hiergegen wird man vom Standpunkte des Römischen Rechts aus auch schwerlich etwas einwenden können. Da aber im heutigen Rechte der Vordersatz weggefallen [7]), ist nicht ersichtlich: in wie fern dem heutigen Eingeständnis in Bezug auf die Wirkungen der Mahnung irgend welcher Einfluß eingeräumt werden könne.

Heutzutage verhält sich die Sache vielmehr so. Wer eine Schuld eingesteht, hat auf dieselbe Frist Anspruch, wie ein Verurtheilter, bevor

---

[2]) Siehe hierüber Wetzell, Civilproceß, § 47.

[3]) Gell. N. A. 20, 1, § 45 und 15, 13, § 11.

[4]) c. 1 pr. C. Th. de us. rei jud. 4, 19.

[5]) c. 2, 3 C. J. de us. rei jud. 7, 54.

[6]) fr. 1, § 2, 3, Us. 22, 1; c. 13 C. de us. 4, 32; c. 2, 3 C. de us. rei jud. 7, 54. Näheres Bd. II., § 79.

[7]) Vgl. v. Savigny, System, Bd. VI., S. 412 fgg. Wetzell, Civilproceß, § 47. Mommsen a. a. O. S. 247.

der Gläubiger auf Execution antragen darf. Handelt es sich aber z. B. um Mahnungszinsen, so laufen diese sowohl im Falle einer Verurtheilung, als eines Eingeständnisses bis zur Erfüllung. Man setze: es klage jemand 100 nebst Mahnungszinsen vom 11. Juni an ein. Wenn dann der Schuldner die Schuld einräumt, und vielleicht am 11. October erfüllt, so muß er auch viermonatliche Zinsen mitberichtigen.

Die Frage: wie viel Zeit nach dem Geständnis, bezw. nach der Verurtheilung abgelaufen sein müsse, bevor der Gläubiger auf Execution antragen dürfe; ist also wesentlich verschieden von der Frage: welche Frist abgelaufen sein müsse, bevor von nachtheiligen Wirkungen der Mahnung die Rede sein könne.

So wenig übrigens fr. 21 de judiciis auf unsere Frage Antwort gibt, so wenig ist dies mit dem von Windscheid[8]) hierhergezogenen fr. 21, § 12, de rec. 4, 8 der Fall. Denn das hier erwähnte modicum tempus ist offenbar ein Analogon des tempus judicati.

Ferner gehören nicht hierher Stellen wie fr. 24, § 4, Loc. 19, 2.

> quodsi paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.

Sofern es sich nämlich um einen Interesseanspruch handelt, muß der Verzug erst Schaden zugefügt haben, ehe den gemahnten Schuldner Nachtheile treffen können. Ist nun ein solcher Schaden noch nicht entstanden, so kann es dem Schuldner keinen Nachtheil bringen, daß er zu spät offerirt. Es ist ähnlich: wie wenn ein Reisender zu spät am Bahnhof eintrifft, aber gleichwohl noch mitkommt, weil der Zug sich ebenfalls verspätet hat. Und so wenig aus derartigen Vorkommenheiten ein Schluß auf den reglementsmäßigen Abgang der Züge zuläßig ist; so wenig haben Stellen, wie die obige, etwas mit der Frage zu thun: in wie fern ein gemahnter Schuldner Anspruch auf Frist habe.

Im übrigen sind die Grundsätze: in wie fern ein gemahnter Schuldner Anspruch auf Frist habe, schon dort angegeben, wo es galt, unsere Mahnung von andern Kündigungen abzugrenzen. Wir sahen dort: ein gemahnter Schuldner habe einmal Anspruch auf Frist, sofern ihm derselbe bei der Mahnung vom Gläubiger eingeräumt sei, und dann sofern die Beschaffenheit der Leistung dies mit sich bringe[9]).

---

[8]) Pandekten, Bd. II., § 279, Anm. 10.

[9]) Siehe oben, S. 160 fgg.

Was den ersteren Fristanspruch anbetrifft, so ist derselbe in Kürze abgethan.

Es hat z. B. ein Gläubiger dahin gemahnt: der Schuldner möge seine Rechnung binnen acht Tagen berichtigen.

Hier hat der Schuldner Anspruch auf eine Frist von acht Tagen. Es ist gar nicht nöthig, daß der Schuldner die Einräumung dieser achttägigen Frist dem Gläubiger gegenüber besonders acceptirt. Auch ohnedies darf der Gläubiger die einmal eingeräumte Frist nicht wieder zurücknehmen. Und wenn er z. B. am 13. Juni in angegebener Weise mahnte, darf er nicht etwa am 14. Juni seinen Sinn wieder ändern, und binnen 24 Stunden Zahlung begehren.

Wichtiger ist der andere Fristanspruch, welcher in der Beschaffenheit der Leistung seinen Grund hat. Dieser soll uns jetzt ausführlicher beschäftigen.

Wir haben hierbei von folgenden Grundsätzen auszugehen.

Dem gemahnten Schuldner muß die Zeit gelassen werden, die zur fraglichen Leistung erforderlich ist.

Einem Schuldner, der tausend Thaler schuldet, muß so viel Zeit gelassen werden, als die Zählung dieser tausend Thaler verlangt.

Hat der Schuldner ein Haus zu bauen, so muß ihm hierzu eine den Umständen angemessene Frist eingeräumt werden.

Was von der Leistung selber, gilt auch von den etwa nöthigen Vorhandlungen: auch zur Vornahme dieser Vorhandlungen muß Frist gewährt werden.

Worauf alles bei Leistungen, welche eine längere Frist beanspruchen, in dieser Beziehung Rücksicht zu nehmen: ist sehr gut von Venulejus in fr. 137, § 2, 3, V. O. 45, 1 auseinandergesetzt.

Keinenfalls ist erforderlich: daß die schuldige Leistung gerade den kürzesten Weg zwischen zwei Zeitpunkten zurücklege. Deshalb kann es auch vorkommen, daß der Schuldner frühere Versäumnisse durch größern Fleiß, den er später anwendet, wieder gut macht. Z. B. er läßt später arbeiten conquisitis undique fabris; oder er reist später duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta.

Auch der Telegraph kann in dieser Beziehung von Bedeutung werden.

Ein Banquier in Hamburg ist z. B. zufolge Mahnung seines Rostocker Gläubigers verpflichtet, eine Summe Geldes am 13. Juni von Hamburg nach Rostock zu schicken. Er versäumt dies, telegraphirt

aber am 14. Juni an einen Rostocker Geschäftsfreund, daß dieser die Zahlung sofort besorge. Auf diese Weise läßt sich alles wieder ausgleichen.

Besondere Beachtung verdienen die Fälle, wo der Schuldner zufolge Beschaffenheit der schuldigen Leistung sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann.

Es ist möglich, daß in Folge einer derartigen Berufung auf zeitliche Unmöglichkeit die Mahnung unwirksam wird.

Einem Erben ist z. B. das Vermächtnis auferlegt, dem X eine silberne Schale zu tradiren. Die silberne Schale wird aus dem Nachlaß entwandt, ohne daß dieser Diebstahl dem Erben als Verschuldung anzurechnen wäre, und ohne daß dieser eine Ahnung hat, wer der Dieb sein könnte. Dieser Erbe kann sich dem X gegenüber auf zeitliche Unmöglichkeit berufen und auf diese Weise die Unwirksamkeit der auf Tradition gerichteten Mahnung herbeiführen.

Vielleicht bedarf es einer derartigen Berufung gar nicht einmal, vielleicht ist die Mahnung schon ohnedies hinfällig, weil der Gläubiger schon vor der Mahnung authentische Erkundigungen über den verübten Diebstahl eingezogen hatte.

In andern Fällen gewährt die Berufung auf zeitliche Unmöglichkeit dem gemahnten Schuldner nur einen Anspruch auf Frist. Man setze z. B. folgenden Fall.

Einem Erben ist das Vermächtnis auferlegt, dem X tausend Thaler auszuzahlen. Der baare Cassenbestand des Erblassers ist durch die Begräbniskosten reichlich erschöpft worden. Der Erbe hat nicht nöthig, zur Bezahlung von Vermächtnissen seinen eignen Cassenbestand oder gar seinen eignen Credit zu Hülfe zu nehmen. Denn Vermächtnisse sind aus der Erbschaftsmasse selber zu berichtigen. Der Erbe kann sich in dieser Beziehung sogar auf vollständige Unmöglichkeit berufen[10]), um wie viel mehr nicht auf bloß zeitliche!

Wir haben uns also den Fall näher so zu denken. Die Erbschaftsmasse ist an sich vollkommen zahlungsfähig, es läßt sich auch bereits vollständig übersehen, daß es wegen der Vermächtnisse zu keinem Abzuge kommen werde, es fehlt aber an baarem Gelde für die Geldvermächtnisse. Hier kann sich der Erbe allerdings auf zeitliche Unmöglichkeit berufen. Diese zeitliche Unmöglichkeit macht hier indes die Mahnung nicht unwirksam, sondern verschafft dem Schuldner nur einen

---

[10]) fr. 1, § 11, Si cui plus 35, 3.

Anspruch auf Frist. Es muß ihm eine angemessene Frist gegönnt werden, binnen welcher er, sei es nun durch Versilberung von Erbschaftssachen, Kündigung von Capitalien, oder auf welche Weise sonst, das Geld für das Vermächtnis flüssig mache.

Vielleicht möchte man es willkürlich finden, daß Berufung auf zeitliche Unmöglichkeit im einen Falle die Mahnung unwirksam machen, im andern Falle dagegen dem Schuldner nur einen Anspruch auf Frist verschaffen soll. Allein diese Unterscheidung läßt sich gleichwohl sehr leicht rechtfertigen.

Wir fanden im vorigen Paragraphen: das Recht gehe von der Voraussetzung aus, daß, wer Vorhandlung verlange, auch die Nachhandlung wolle.

Dieser Satz ist auch umgekehrt richtig. Wer die Nachhandlung verlangt, will auch die Vorhandlung, sofern es einer solchen bedürfen sollte.

Befindet sich also der Schuldner im Augenblicke, wo die Leistung von ihm gefordert wird, nur schon in der Lage, daß er zur Vorhandlung angehalten werden darf, so ist die Mahnung wirksam; dem Schuldner muß nur die Frist, die zur Leistung selber, sowie zur Vorhandlung nöthig ist, gelassen werden.

Darf aber im Augenblicke der Mahnung auch noch nicht einmal eine Vorhandlung begehrt werden, so ist die Mahnung unwirksam. Denn nur die Mahnung kann nachtheilige Wirkungen für den Schuldner zur Folge haben, deren Nichtbeachtung das Fortbestehen der schuldigen Leistung als civiles Unrecht erscheinen läßt. Nun ist das Recht zwar so weit gegangen, daß es schon die Mahnung in Bezug auf Vorhandlungen für wirksam erklärt, sofern diese die Nachhandlung vorbereiten. Dies ist aber auch die äußerste Grenze.

Daher haben wir auch bei der zeitlichen Unmöglichkeit zu unterscheiden: ob der Schuldner, welcher sich auf dieselbe beruft, im Stande ist, dieselbe durch Vorhandlung zu heben, oder ob dies nicht der Fall ist. Nur im ersteren Falle ist die Mahnung wirksam.

Die zeitliche Unmöglichkeit kümmert uns hier demnach nur in so fern, als sie dem Schuldner, welcher sich darauf beruft, einen Anspruch auf Frist gewährt.

Nun gibt es aber außerdem noch einen Fristanspruch des gemahnten Schuldners, der zwar gleichfalls in der Beschaffenheit der schuldigen Leistung seinen Grund hat, der ebenfalls zu Vorhandlungen

begehrt wird, der aber nicht darauf beruht, daß der Schuldner sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann.

Und dieser Fristanspruch ist es gerade, welcher die meisten Schwierigkeiten macht.

Auch die örtliche Unmöglichkeit kann hier in Betracht kommen.

Wir haben bereits früher (oben S. 389) gesehen: eine Mahnung kann dadurch unwirksam gemacht werden, daß der Schuldner sich auf örtliche Unmöglichkeit beruft. Es wird z. B. Leistung in Rom gefordert, während der Schuldner nur in der Provinz zu leisten hat. Wenn dann aber der Gläubiger in Gemäßheit von fr. 12, § 1. Depositi 16, 3 verlangt: der Schuldner möge auf seine, des Gläubigers, Gefahr und Kosten den Transport der Sache von der Provinz nach Rom besorgen; so ist dies eine wirksame Replik, die den Einwand des Schuldners beseitigt. Die Mahnung ist dann wirksam, der Schuldner kann nur die Frist beanspruchen, welche zur Beseitigung der zeitlichen Unmöglichkeit, also zum Transporte, erforderlich ist.

Von solchen Fällen sind diejenigen zu scheiden, wo der Schuldner gleich von vorne herein sich nicht auf örtliche Unmöglichkeit berufen darf, wo er vielmehr gleich auf die erste Mahnung hin den Transport besorgen muß, also gleich von vorne herein nur wegen zeitlicher Unmöglichkeit Frist beanspruchen kann.

Von den hier angegebenen Gesichtspunkten aus soll jetzt die Frage näher erörtert werden: in wie fern die Beschaffenheit der schuldigen Leistung dem gemahnten Schuldner einen Anspruch auf Frist gewähre. Und zwar soll dies zunächst an der Hand einiger hier einschlagender Stellen geschehen.

§ 48.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner Frist beanspruchen? Fortsetzung.

Die Stellen, welche uns hier beschäftigen sollen, nehmen zwar nicht immer auf die nachtheiligen Wirkungen der Mahnung Rücksicht. Das macht auch weiter nichts aus; denn es leuchtet ein: daß die Frist, die ein Schuldner als solcher beanspruchen kann, auch dem gemahnten Schuldner nicht versagt werden darf.

fr. 5, § 1, de coll. bon. 37, 6. — Ulp.

Stipulatio autem collationis tunc committitur, cum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit,

non facit, maxime cum boni viri arbitratu collationem fieri edicto praetoris insertum est.

Die Mahnung ist hier darauf gerichtet, daß der Collationspflichtige nach einer den Umständen angemessenen Frist conferire. Bevor diese Frist nicht abgelaufen, verfällt die Stipulation nicht.

Die Stipulation des Collationspflichtigen hat man sich nämlich incert zu denken[1]), und dann ist sie eine auf's Interesse angelegte Obligation. Von diesen Obligationen gilt, wie wir bereits gesehen haben, daß der Schuldner das Interesse von der Fälligkeit an zu erstatten hat. Die Fälligkeit bei diesen Obligationen kann unter anderm durch die Mahnung herbeigeführt werden. Zur Mahnung wird aber in unserm Fall eine angemessene Frist hinzukommen müssen, wie sie durch die Beschaffenheit der fraglichen Leistung bedingt ist.

Man setze: ein Emancipatus habe versprochen, er wolle sein Vermögen conferiren. Was gehört nun zum Vermögen? Jeder Leser lege sich diese Frage einmal in Bezug auf sein eignes Vermögen vor. Die Frage ist so leicht gar nicht beantwortet. Eine Besinnenszeit ist hier nicht bloß angebracht, sondern sogar sehr nothwendig[2]). Und wenn nun schließlich der Emancipatus ein Verzeichnis über sein Vermögen angefertigt und den Betheiligten vorgelegt hatte; wird die Sache hiermit mindestens noch nicht abgethan gewesen sein. In solchen Fällen pflegen die Betheiligten Ausstellungen zu machen: hier, meinen sie, sei dies ausgelassen, und dort jenes nicht richtig[3]). Es bedarf vielleicht noch langwieriger Verhandlungen, ehe die Betheiligten sich darüber einigen: wie hoch das Vermögen des Betreffenden anzunehmen sei; oder auch nur: bevor die eigentlichen Streitpunkte festgestellt sind.

Diese Zeit, welche die Collationspflicht in Anspruch nimmt, muß dem Schuldner zugestanden werden.

Mommsen, S. 37, nimmt an unserer Stelle Anstoß. Er meint: sie könne nicht als eine directe Beweisstelle angeführt werden, da sie sich auf einen Fall beziehe, wo für den Fall, daß der zur Collation Verpflichtete nicht conferiren würde, eine auf quanti ea res erit gerichtete

[1]) Vgl. Fein, das Recht der Collation, S. 87; fr. 5, § 1; fr. 2, § 2 de coll. 37, 6.

[2]) Fein, a. a. O. S. 324.

[3]) Vgl. fr. 1, § 11, de coll. 37, 6, vba: si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio: si non constet, sed dicantur quaedam non esse in commune redacta, tunc propter incertum cautio erit interponenda.

Stipulation abgeschlossen war; indirect gehöre sie indes gleichwohl hierher.

Allein ob nun jemand verspricht: er wolle sein Vermögen conferiren, oder für den Fall, daß er sein Vermögen nicht conferire, quanti ea res erit; kommt so ziemlich auf eins hinaus. Jedenfalls haben wir es hier mit einer auf's Interesse angelegten Obligation zu thun. Und daß bei dieser unsere Mahnung Platz greife, davon haben wir uns schon sattsam überzeugen können.

Theodor Mommsen will gar den Text ändern. Er schlägt vor, so zu lesen:

> Stipulatio autem collationis tunc committitur, cum interpellatus non facit, maxime cum aliquo spatio, quo conferre potuit.

Th. Mommsen muß geglaubt haben: daß die Mahnung nur auf sofortige Erfüllung gerichtet sein könne. Denn er hat mit dieser Umstellung, falls ich anders seinen Gedanken richtig errathen habe, doch wohl nur bezwecken wollen, daß die Stelle folgenden Sinn erhalte: die Stipulation in Bezug auf die Collation verfällt dann, wenn der Collationspflichtige der Mahnung nicht nachkommt, zumal wenn die Mahnung nach einiger Zeit erfolgte, wo die Collation beschafft sein konnte.

Allein sehr gutes Latein haben wir durch diese Umstellung gerade nicht erhalten. Man hätte dann statt cum aliquo spatio zum mindesten post aliquod spatium erwartet. Und wie es also dieser Textänderung an sachlichen, so fehlt es ihr auch gänzlich an formellen Gründen.

Theodor Mommsen beruft sich freilich auf ein Scholion zu den Basiliken. Allein dieses, so wie die Basiliken selber, stimmen mit den Pandekten vollständig überein.

Die Basiliken, Lib. 41, Tit. 7 c. 5, sprechen von einem *ὀχληθεὶς μετά τινος διαστήματος* d. i. interpellatus cum aliquo tempore.

Im Scholion dazu[4]) heißt es:

> *ὅτε ὀχληθεὶς ὁ προθεσμίαν λαβών, ἧς ἐντὸς δύναται συνεισενεγκεῖν, οὐ ποιεῖ.*

d. h.: wenn der Gemahnte, der eine Frist erhalten hat, innerhalb welcher er conferiren kann, dies nicht thut.

Auch aus diesem Scholion kann ich demnach nichts anders heraus-

---

[4]) Siehe Heimbach'sche Basilikenausgabe, Band 4, S. 170.

lesen, als was in den Pandekten steht. Denn daß die Worte *προθεσμίαν λαβών* nicht mit dem Nachfolgenden, sondern mit dem vorhergehenden *ὀχληθείς* zu verbinden seien: dafür scheint mir schon der dazwischen stehende Artikel *ὁ* zu sprechen; *ὁ προθεσμίαν λαβών* ist die nähere Bestimmung zu *ὀχληθείς*. Diesen Artikel will Th. Mommsen freilich streichen. Man sieht: eine Willkürlichkeit erzeugt die andere.

Schließlich verdient es noch Beachtung, daß Ulpian sich so ausdrückt: die Stipulation verfällt dann, wenn der Gemahnte, dem eine angemessene Frist eingeräumt worden, nicht conferirt.

Darnach könnte es scheinen, als wenn der Gläubiger in diesem Falle die Frist dem Schuldner ausdrücklich gewähren müsse. Allein hierauf kann kaum etwas ankommen. Die Mahnung ist gültig, einerlei ob der Gläubiger eine angemessene Frist ausdrücklich gewährt hat, oder nicht. Andererseits hat aber der Gemahnte so gut im einen, wie im andern Falle auf diese Frist Anspruch.

Wir müssen nämlich bedenken: daß Ulpian in der fraglichen Stelle sich auf einem andern Standpunkt befindet, als wir in diesem Paragraphen. Denn während wir uns mit der Frage beschäftigen: in wie fern der gemahnte Schuldner Frist beanspruchen könne; will Ulpian Antwort geben auf die Frage: wann die betreffende Stipulation fällig sei. Und in dieser Beziehung ist seine Antwort ganz richtig: daß die Stipulation dann verfallen sei, wenn der Gemahnte, dem eine angemessene Frist eingeräumt worden, nicht conferire. Das Wesentliche ist eben, daß nach der Mahnung noch eine Frist abgelaufen sei. Daß diese Frist dem Gemahnten bei der Mahnung ausdrücklich eingeräumt sein müsse, dürfen wir aus dieser Stelle um so weniger folgern, da Ulpian sich in derselben mit den Voraussetzungen der Mahnung gar nicht ex professo beschäftigen wollte.

Weil aber Ulpian zur Fälligkeit sowohl Mahnung als Fristablauf für erforderlich hält, so ist diese Stelle für den, der in dieser Beziehung noch Beweise bedarf, auch in so fern von Bedeutung, als daraus hervorgeht: daß Fälligkeit unmöglich eine Voraussetzung der Mahnung sein könne.

fr. 105 Sol. 46, 3. — Paulus.

Quod dicimus in eo herede, qui fidejussori testatoris id, quod ante aditam hereditatem ab eo solutum est, debere statim solvere, cum aliquo scilicet tempe-

ramento temporis intellegendum est: nec enim cum sacco adire debet.

In sprachlicher Beziehung ist zu bemerken, daß Paulus aus der Construction gefallen: erst der Nominativ qui, und darauf der Infinitiv debere. Ob man deshalb nöthig hat, den Text zu ändern, scheint mir zweifelhaft zu sein. Th. Mommsen schlägt vor, hinter qui einzuschalten: post tempus adiit, eum.

Der Fall ist dieser. Ein Bürge hat für den Erblasser vor der Erbschaftsantretung gezahlt; und es entsteht die Frage, ob der Erbe sofort im Augenblicke der Erbschaftsantretung verpflichtet sei, dem Bürgen das gezahlte Geld wieder zu erstatten, oder ob er einen Anspruch auf Frist habe.

Denken wir uns einmal den Erbfall weg. Wie würde der Bürge dem Erblasser gegenüber dagestanden haben, wenn er noch bei dessen Lebzeiten in Anspruch genommen wäre?

Hätte allerdings der Erblasser in dem Augenblicke, wo der Bürge für ihn zahlte, das Geld gleichfalls bereit gehabt; so würde er einer Mahnung des Bürgen gegenüber keine Frist haben beanspruchen können.

So pflegen die Fälle aber selten zu liegen. Denn Leute, die das Geld nur immer so bereit haben, pflegen keine Bürgen zu gebrauchen. Und wo es hier wirklich zur Bürgschaftsleistung kommt, pflegen die Gläubiger doch nicht gleich die Bürgen, sondern zunächst die Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen.

Das muß sich also jeder, der eine Bürgschaft eingeht, gleich von vorneherein sagen: daß der Hauptschuldner schwerlich in der Lage sein wird, dem Bürgen in demselben Augenblicke, wo dieser vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, das gezahlte Geld wieder zu erstatten. Zudem ist der öconomische Zweck der Bürgschaft ja gerade der, den Gläubiger gegen eine Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen. Wenn es also überhaupt einen Schuldner geben sollte, der seinem Gläubiger gegenüber Anspruch auf Frist zur Geldanschaffung hätte, so müßte der Hauptschuldner in seinem Verhältnis zum Bürgen der allererste sein.

Der Bürge kann also nicht verlangen, daß der Hauptschuldner das Geld im Augenblicke der Mahnung sofort liegen habe; sondern kann nur begehren, daß er Anstalten mache und das Geld wieder anschaffe.

Wie wird es nun, wenn der Hauptschuldner inzwischen gestorben?

Ist dann etwa der Erbe unter allen Umständen verpflichtet, sofort bei seinem Erbschaftsantritt den Bürgen zufrieden zu stellen?

Es ist kein Erforderniß der Erbschaftsantretung, sagt Paulus scherzhafter Weise: daß der Antretende gleich mit Geldsäcken an zu schleppen komme. Und darin liegt die Entscheidung.

Der Erbe steht dem Bürgen gegenüber gerade so da, wie der Erblasser: nicht besser und nicht schlechter.

Ist also bei der Antretung ein ausreichender Erbschaftskassenbestand vorhanden, so muß der mahnende Bürge sofort befriedigt werden. Fehlt es aber hieran, so hat der Erbe nicht etwa nöthig, seinen eigenen Kassenbestand mit zu Hülfe zu nehmen; sondern ist nur zur Anschaffung des Geldes verpflichtet.

Wir haben es im vorliegenden Falle demnach mit einer Obligation zu thun, wo der Schuldner im Augenblicke der Mahnung nicht verpflichtet ist, das Geld in Bereitschaft zu haben. Und weil er hierzu nach Inhalt der Obligation nicht verpflichtet ist, so hat er Anspruch auf Frist. Die Frist soll eben dazu dienen, daß der Schuldner das Geld anschaffe.

Ueberhaupt haben wir bei Geldschulden sehr darauf zu achten, wozu der Schuldner verpflichtet ist: ob er nach dem Inhalte der Obligation das Geld im Augenblicke der Mahnung in Bereitschaft haben muß; oder ob er durch die Mahnung zunächst nur zur Anschaffung des Geldes verpflichtet wird.

Ein Schuldner, der das Geld im Augenblicke der Mahnung in Bereitschaft haben muß, hat nur Anspruch auf soviel Frist, als zur Zählung des Geldes erforderlich ist.

Ein Schuldner, der durch die Mahnung zunächst nur zur Anschaffung des Geldes verpflichtet wird, muß allerdings ebenfalls sofort zahlen, wenn er das Geld in Bereitschaft hat. Denn wie kann dieser Frist zur Anschaffung verlangen? Er braucht ja nur sein Pult oder seinen Geldschrank aufzuschließen, und das nöthige Geld herauszunehmen.

Ganz anders steht aber hier die Sache, wenn dieser Schuldner kein Geld in Bereitschaft hat. Dann muß ihm, je nach den Umständen des Falles, zur Anschaffung des Geldes nicht bloß eine Frist von Stunden, sondern möglicherweise auch von Tagen und Wochen gewährt werden.

Es kommt also mit andern Worten sehr viel darauf an: ob der

gemahnte Schuldner lediglich zur Geldleistung, oder zunächst nur zu einer Vorhandlung, der Anschaffung des Geldes, verpflichtet ist.

Der erstere hat nur auf soviel Frist Anspruch, als die Zählung des Geldes erfordert. Der andere hat außerdem auf die Frist Anspruch, welche zur Vorhandlung nöthig ist.

Dabei ist indes wohl zu beachten, daß der Schuldner in unserm Falle sich nicht auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann.

Der Schuldner hat hier nur Anspruch auf eine Frist, wie sie unter der Voraussetzung, daß er Credit hätte, zur Anschaffung des Geldes erforderlich wäre.

Könnte freilich der Schuldner sich in unserm Falle auf zeitliche Unmöglichkeit berufen, so müßte auch einem creditlosen Schuldner so lange Frist gegeben werden, bis er sich wieder Credit erworben hätte. Eine Frist von solchem Umfange einzuräumen, hat aber sicherlich dem Paulus ferne gelegen, wenn er meint, daß es mit dem statim nicht allzu ängstlich zu nehmen sei.

fr. 71, § 2, Leg. I. Ulpianus.

> In pecunia legata confitenti heredi modicum tempus ad solutionem dandum est nec urgendum ad suscipiendum judicium: quod quidem tempus ex bono et aequo praetorem observare oportebit.

Bei dieser Stelle kann man zweifelhaft werden, ob sie überall hierher gehört. Der Ausdruck confitenti heredi legt nämlich den Gedanken nahe, ob Ulpian bei dem modicum tempus auch wohl an das tempus judicati gedacht habe.

Allein jedenfalls nimmt Ulpian auf das tempus judicati hier keinen ausdrücklichen Bezug, wie in fr. 21 de judiciis 5, 1.

Andererseits kann nicht wohl bezweifelt werden: daß einem Erben zur Auskehrung der Vermächtnisse eine angemessene Frist eingeräumt werden muß, wenn kein genügender Erbschaftskassenbestand vorhanden ist. Auf diese Frist hat aber nicht bloß ein geständiger Erbe Anspruch. Man setze z. B. folgenden Fall.

Ein Erbe wird von einem vermeintlichen Vermächtnisnehmer auf ein Vermächtnis von 1000 nebst Mahnungszinsen vom 30. Juni 1870 an verklagt. Der Erbe bestreitet in seiner Vernehmlassung die Gültigkeit dieses Vermächtnisses. Eventuell macht er geltend, daß Kläger jedenfalls erst von Antonii 1871 an Mahnungszinsen verlangen könne. Denn früher hätte er die übrigen gültigen Vermächtnisse auch

nicht auszahlen können, weil sich die Erbschaftsangelegenheit nicht eher hätte abwickeln lassen. Eine solche Einrede ist vollkommen zulässig.

Man sieht also: es handelt sich hier um eine Frist, die der Schuldner als solcher, nicht bloß der geständige in Anspruch nehmen darf. Wenn Ulpian gleichwohl von einem geständigen Erben spricht, so mag dies einerseits darin seinen Grund haben, daß er hier gar nicht auf die nachtheiligen Wirkungen der Mahnung eingehen wollte. Ihm liegt eine ganz andere Frage im Kopfe. Er will erörtern: ob ein geständiger Erbe, wenn er nicht sofort das Vermächtnis auskehre, deshalb zur Aufnahme eines Processes genöthigt werden könne. Der Standpunkt Ulpian's ist ein wesentlich anderer, als der unsrige. Ulpian geht vom geständigen Schuldner aus, unser Ausgangspunkt ist dagegen der Fristanspruch.

Andererseits haben wir ja auch gesehen: daß dieser Fristanspruch, selbst wenn es zum Processe kommt, sehr wohl gewahrt werden kann. Bei der Frage: ob der Schuldner sofort zur Aufnahme eines Processes genöthigt werden könne, scheidet also der streitende Schuldner in dieser Beziehung mit Recht aus.

Mommsen bemerkt in Bezug auf unsere Stelle, S. 47, Folgendes:

> „In anderen Fällen ist, wenn gleich eine Erfüllungszeit weder ausdrücklich noch stillschweigend festgesetzt ist, dem Schuldner aus Gründen der Billigkeit ein modicum tempus zur Erfüllung der Obligation eingeräumt, so dem Erben in manchen Fällen zur Erfüllung der Vermächtnisse. Hier ist in der That die Obligation sogleich fällig. Dies geht daraus hervor, daß in der L. 71, § 2, D. cit. nur mit Beziehung auf den der Schuld geständigen Erben gesagt wird, daß er nicht ad suscipiendum judicium gedrängt werden solle."

Mommsen scheint also zu glauben, daß eine Schuld dann fällig sei, wenn wegen derselben geklagt werden könne.

In dieser Beziehung ist nun zunächst auf die beiden verschiedenen Zwecke hinzuweisen, denen eine Klage dient.

Die Klage ist einerseits dazu bestimmt, streitiges Recht in streitloses zu verwandeln. Andererseits soll sie bei streitlosem Recht die Erfüllung erzwingen.

Daher können nicht bloß solche Schuldner verklagt werden, welche die Schuld bestreiten, sondern auch geständige.

Betrachte ich mir nun zunächst die Klage in ihrer ersteren Verrichtung, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch eine nichtfällige streitige Schuld in eine streitlose sollte verwandelt werden können. Gibt es doch Klagen auf Anerkennung!

Sehen wir uns einmal die actio peto stupri et alimentorum an. Diese Klage kann zu Wege bringen, daß die Höhe der zu zahlenden Alimente vielleicht für 14 Jahre im voraus festgestellt wird. Die Schuld in ihrer Ganzheit ist so wenig eine fällige, daß man sie nicht einmal eine unbedingte nennen kann. Denn der Schwängerer ist nur unter der Voraussetzung verpflichtet, die ganze Zeit über Alimente zu zahlen, wenn das Kind wirklich so lange am Leben bleibt.

Auf alle Fälle muß es aber bei einer streitigen Schuld doch genügen, daß sie in dem Augenblick, wo der Richter das Urtheil spricht, als fällig erscheint. Denn unter dieser Voraussetzung darf der Richter die Klage nicht mehr zur Zeit abweisen.

Anders steht aber die Sache, wenn durch die Klage bei streitlosem Recht nur die Erfüllung erzwungen werden soll.

Es treten z. B. am 30. Juni Kläger und Beklagter vor dem Richter auf. Ueber den Betrag der Schuld sind sie sich einig. Sie streiten aber darüber, ob die Schuld schon jetzt, oder erst später fällig sei. Dann möge über diese Frage der Proceß beginnen.

Wenn aber Gläubiger und Schuldner sich nicht bloß über den Betrag, sondern auch darüber einig sind, daß die Schuld nicht schon am 30. Juni, sondern erst am 30. August fällig sei: was wollen sie dann am 30. Juni schon beim Richter? Dann schickt der Richter sie wieder zu Hause.

So ergibt sich denn: daß einem geständigen Schuldner gegenüber die Schuld allerdings fällig sein müsse, wenn der Richter eine Klage annehmen soll; daß dies aber bei einem streitenden Schuldner durchaus nicht unumgänglich nothwendig sei.

Dabei mag bemerkt werden, daß es auch eine theilweise Fälligkeit gibt. Denn bei Leistungen, welche eine längere Zeit in Anspruch nehmen, ist eine Klage dahin: der Schuldner möge mit der Leistung den Anfang machen, bezw. fortfahren — auch einem geständigen Schuldner gegenüber schon dann zulässig, wenn die ganze Zeit, binnen welcher die Leistung zu beschaffen, noch gar nicht abgelaufen ist. Das Recht gestattet in dieser Beziehung die Theilung, und gibt schon bei theilweiser Fälligkeit eine Klage.

Wenn nun Ulpian in unserer Stelle sagt, daß einem geständigen Erben zur Auszahlung des Geldvermächtnisses eine angemessene Frist gelassen werden müsse, und derselbe zur Aufnahme eines Processes nicht gedrängt werden dürfe; wenn man ferner davon ausgeht, wie ja auch Mommsen annimmt, daß es sich hier um eine Frist handelt, auf die der Schuldner als solcher Anspruch habe: so folgt nicht, wie Mommsen meint, daß die Schuld hier in der That sogleich fällig sei, sondern das gerade Gegentheil.

Wiederum die unglückselige Fälligkeitsvoraussetzung ist es gewesen, die Mommsen hier zu einem unglücklichen Gedanken veranlaßt hat. Denn so weit der gemahnte Schuldner zur Vornahme einer Verhandlung Frist beanspruchen darf, kann man schlechterdings nicht von einer fälligen Leistung sprechen.

Im übrigen mag noch daran erinnert werden: daß der Prätor bei einer nichtfälligen Schuld einem geständigen Schuldner gegenüber nicht bloß dann von Anordnung eines Judiciums abgesehen haben wird, wenn Parteien sich sowohl über den Betrag als die Erfüllungszeit einig waren. Auch in dem Falle, wenn die Parteien nur über den Betrag einig, dagegen über die Frist verschiedenen Sinnes gewesen wären, hätte ein Römischer Prätor sich veranlaßt finden können: in dieser Hinsicht selber die Entscheidung zu fällen, ohne einen Geschwornen damit zu betrauen. Es liegt sogar näher, sich das von Ulpian besprochene Beispiel, wie zuletzt angegeben, zu denken.

fr. 71, § 3, Leg. I. — Ulpianus.

> Qui confitetur se quidem debere, justam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est: ut puta si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immensum pretium ejus rei petere adfirmet, aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales: aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio judicis praestare.

Wenn einem Erben das Vermächtnis einer fremden Sache auferlegt worden, so ist derselbe nicht sogleich zur Leistung dieser Sache, sondern vorläufig nur zur Vornahme einer Verhandlung, der Anschaffung dieser Sache, verpflichtet. Er hat sich also mit dem Eigenthümer in Verbindung zu setzen und zu versuchen, ob die Sache zu einem

angemessenen Preise zu erstehen ist. Zur Vornahme dieser Vorhandlung muß dem Erben eine entsprechende Frist eingeräumt werden.

Dieses Beispiel bietet wiederum Gelegenheit, uns den Unterschied dieses Fristanspruches von der Berufung auf zeitliche Unmöglichkeit klar zu machen. Könnte unser Erbe sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen, so würde er, wenn der Eigenthümer entweder gar nicht, oder zu einem übermäßigen Preise verkaufen wollte, so zum Vermächtnisnehmer sprechen: „Sie sehen, es ist mir zur Zeit nicht möglich, Ihnen die vermachte Sache zu verschaffen; warten wir also, bis sich der Eigenthümer eines Bessern besonnen hat."

Einen Fall, wo der Erbe sich in Wirklichkeit auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann, enthält z. B. § 2 J. de sing. reb. per fideicom. rel. II, 24. Hier ist einem fremden Sclaven die Freiheit fideicommissarisch vermacht worden; der Eigenthümer will aber nicht verkaufen und hat dies auch nicht nöthig. Dadurch geht zwar die fideicommissarische Freiheit nicht unbedingt unter, aber sie wird aufgeschoben, bis der Eigenthümer sich eines Bessern besonnen hat: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quia possit tempore procedente, ubicumque occasio redimendi servi fuerit, praestari libertas.

Andere Stellen haben ebenfalls die zeitliche Unmöglichkeit im Sinne, obwohl sie durch die Ausdrucksweise nicht scharf genug von der vollständigen Unmöglichkeit abgegrenzt wird [5]).

Dagegen wird das Wesen dieser zeitlichen Unmöglichkeit wiederum recht scharf hervorgehoben in fr. 55 de A. E. V. 19, 1. Hier ist ein Kauf- und Stipulationsgeschäft über einen in feindlicher Gewalt befindlichen Sclaven abgeschlossen. Der Verkäufer kann sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen, und diesem Einwande wird auf folgende Weise Geltung verschafft: officio judicis sustinenda esset ejus praestatio, donec praestari possit.

Die Stelle ist gleichzeitig in processualischer Hinsicht äußerst interessant. Der Geschworne hat sich vorläufig auf einen Ausspruch zu beschränken, welcher das klägerische Recht anerkennt [6]); dagegen mit der condemnatio muß er warten, bis die Leistung möglich ist.

Hier haben wir also in der That eine Aussetzung des Urtheils,

---

[5]) fr. 31, § 4; fr. 51, § 2, de fid. com. lib. 40, 5; Gaj. II, 262.
[6]) Vgl. v. Keller, Civilproceß, § 67.

von der Ulpian in fr. 24, § 2, Sol. Matr. 24, 3, wie wir gesehen haben (siehe oben, S. 352), nichts wissen wollte.

Auf solche zeitliche Unmöglichkeit nun kann sich in unserer Stelle der Erbe nicht berufen. Wohl aber hat er Anspruch auf Frist. Es muß ihm doch Zeit gelassen werden, mit dem Eigenthümer der Sache zu unterhandeln, ob derselbe nicht verkaufen will.

Wenn nun aber diese Unterhandlungen fruchtlos sind, wie dann? Dann legt sich der allgemeine Messer aller Werthe in's Mittel: es wird die Leistung in Geld abgeschätzt.

So wenig übrigens unser Schuldner sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann, so wenig steht er mit solchen Schuldnern auf gleicher Stufe, die nicht einmal einen Fristanspruch haben. Ein solcher Schuldner ist z. B. der, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit, von dem Venulejus in fr. 137, § 4, V. O. 45, 1 handelt, und dem er jeglichen Fristanspruch versagt.

Und ebenso wird heutzutage meistens der Fall zu behandeln sein, wenn jemand eine fremde Sache verkauft und nachher nicht schaffen kann: derselbe wird regelmäßig keinen Anspruch auf Frist haben und für's Interesse aufkommen müssen.

fr. 1, § 22, Depositi 16, 3. — Ulpianus.

> Est autem et apud Julianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstitit?

Wegen eines Depositums konnte nicht bloß dann geklagt werden, wenn sich die deponirte Sache beim Depositar befand, sondern auch, wenn er dolose gehandelt hatte. Diese beiden Fälle werden namentlich sehr bestimmt von Labeo in fr. 1, § 14, Depositi einander entgegengesetzt:

> non tantum si dolo fecit is, qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum.

Und diesen beiden Fällen werden auch die beiden Formeln entsprochen haben, welche wir für die actio depositi bei Gajus IV, 47

angegeben finden. Wenigstens kann wohl kaum bezweifelt werden, daß die actio in factum depositi nur wegen eines dolus zulässig war, denn es heißt ja ausdrücklich in der betreffenden Formel: „eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse.“

Vermuthlich wird von diesen beiden Formeln die in factum concepta die jüngere gewesen sein, und wenn wir nun nicht glauben können, daß sie rein zum Ueberfluß eingeführt sei; so werden wir zu der Annahme genöthigt: vor dieser actio in factum konnte im Falle eines Depositums der dolus praeteritus gar nicht als Contractsdolus geltend gemacht werden. Aehnlich also wie z. B. durch die constitutio veterum in fr. 91, § 3, V. O. 45, 1 bei der condictio auf res certa die Contractsculpa, so ist durch diese actio in factum beim Depositum der Contractsdolus überall erst eingeführt worden.

Ubbelohde, Realcontracte, S. 67, meint: die actio in factum depositi sei eingeführt, um „die Haftpflicht des Depositars auf Dolus zu begrenzen.“ Ich halte diese Ansicht nicht für richtig, kann jedoch hier auf die Sache nicht näher eingehen.

Wann lag nun aber ein solcher dolus vor?

In dieser Beziehung hielt noch Neratius [7]) an folgendem Grundsatze fest:

> tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes.

Julian ging, wie wir aus unserer Stelle sehen, weiter. Er meint: schon dadurch lasse sich der Depositar einen Dolus zu Schulden kommen „quod reposcenti rem non reddat“; und zog hieraus die Folgerung, daß jeder Depositar sofort verklagt werden könne. Hiergegen erhebt Marcellus Einwendungen, die zwar weniger gegen den Julian'schen Grundgedanken, als solchen, gerichtet sind, sondern diesen nur in die gebührenden Schranken zurückweisen sollen.

In dieser Beziehung verdient zunächst der Ausdruck condemnationis tempore Beachtung. Marcell hält es also mit Neratius [8]) für ausreichend, wenn das Depositum nur zur Zeit des Urtheils fällig war.

Ich erinnere hier daran, was ich über den doppelten öconomischen Zweck der Klage gesagt habe. Die Klage ist einerseits dazu bestimmt,

---

[7]) fr. 1, § 21, Depositi 16, 3.
[8]) fr. 1, § 21, Depositi 16, 3.

streitiges Recht in streitloses zu verwandeln. Andererseits soll sie bei streitlosem Recht die Erfüllung erzwingen. Nur bei einem geständigen Schuldner kann Fälligkeit der Schuld eine Voraussetzung der Klage sein. Und in dieser Beziehung ist zu beachten, daß nach Römischem Proceßrecht nur das Geständnis ausreichte, welches auf eine bestimmte Summe Geldes lautete [9]).

Wir werden also Marcell Recht geben müssen: kommt es wegen eines Depositums zur Anordnung eines judicium, so muß es genügen, wenn das Depositum nur zur Zeit des Urtheils fällig ist.

Weiter meint Marcell, daß der Depositar keineswegs durch Nichtbeachtung einer jeden Aufforderung eines Dolus theilhaftig werde. Es könne sich ja die Sache, versteht sich ohne seinen Dolus, in der Provinz, vel in horreis befinden. Und dieser Einwand des Marcell interessirt uns hier zumeist.

Mit dem Fall, daß sich die Sache ohne dolus des Depositars in der Provinz befindet, haben wir uns bereits anderweitig beschäftigt. Der Depositar kann sich hier auf örtliche Unmöglichkeit berufen und dadurch die Mahnung unwirksam machen. Wenn dann aber der Gläubiger verlangt, daß auf seine Kosten und Gefahr die Sache von der Provinz nach Rom geschafft werde; so ist die Mahnung wirksam, jedoch muß dem Depositar die zu diesem Transport erforderliche Frist eingeräumt werden. Vgl. oben, S. 388, 389.

Wie verhält es sich nun, wenn die deponirte Sache sich ohne Dolus des Depositars in horreis befindet? Er hat sie hier vielleicht hinbringen lassen, weil er sie hier sicherer glaubte [10]).

Unter den horrea sind hier öffentliche kaiserliche Depositorien [11]) zu verstehen. Aelius Lampridius [12]) erzählt z. B. von Kaiser Alexander Severus:

> Horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quae conferrent bona, qui privatas custodias non habebant.

Kann nun der Depositar, welcher die deponirte Sache einer solchen öffentlichen Aufbewahrungsanstalt übergeben hat, sich ebenfalls auf örtliche Unmöglichkeit berufen? Kann ein solcher Depositar zum Depo=

---

[9]) fr. 6 pr. § 1 de confessis 42, 2. — v. Keller, Civilproceß, § 63.

[10]) Vgl. fr. 20, § 8, de instr. vel instrum. leg. 33, 7.

[11]) Vgl. Muther, Sequestration und Arrest, S. 368.

[12]) Alexander Severus c. 39 in der Ausgabe der Scriptores historiae Augustae von Hermann Peter, Leipzig 1865.

nenten sagen: er möge sich nur zur Aufbewahrungsanstalt begeben, und sich dort seine Sache abholen?

Nicht so ohne weiteres: müssen wir im Sinne Marcell's antworten. Denn Marcell gibt dem Depositar nur unter der Voraussetzung eine Einrede, daß die Aufbewahrungsanstalt gerade geschlossen ist. Daraus scheint zu folgen: ist die Aufbewahrungsanstalt geöffnet, so muß der Depositar sich hinbemühen, um die Sache wiederzuholen.

Mindestens wird er mitkommen müssen. Denn wenn der Deponent sich auch wirklich allein hinbemühen wollte, wird ihm die Sache denn schon ohne weiteres ausgeliefert? Hat er sie doch gar nicht hingebracht!

Ein solcher Depositar steht also etwas anders da, wie dann, wenn sich die Sache ohne seinen Dolus in der Provinz befindet. Und sehr begreiflich! Denn hier handelt es sich um einen Transport, der regelmäßig weder sonderliche Kosten verursacht, noch sonderliche Gefahren darbietet.

Wie wird es aber, wenn die Aufbewahrungsanstalt geschlossen? Hier mag vielleicht eine Klage als verfrüht erscheinen, wenn dieser Zustand bis zur Urtheilszeit fortdauert. Daraus folgt indes nicht, daß auch eine einfache Mahnung unwirksam sein würde. Nehmen wir ein Beispiel aus dem heutigen Leben.

Jemand, der verreisen will, deponirt seine Werthsachen bei einem Freunde. Während der Abwesenheit des Deponenten ist in der Nähe des Depositars ein Einbruch verübt worden. Er hält es daher für sicherer, die Werthsachen seines Freundes auf die Rostocker Bank zu bringen.

Der Freund kehrt an einem Sonnabend zurück, und fordert am Sonnabend Mittag vom Depositar seine Werthsachen.

Nun ist aber die Rostocker Bank von Sonnabend Mittags 12 Uhr bis Montags Morgens 9 Uhr geschlossen. Daraus folgt indes nicht, daß diese Mahnung unwirksam sei. Dem Depositar muß nur Zeit gelassen werden, bis die Bank wieder geöffnet wird.

Bei dieser Gelegenheit mag noch bemerkt werden, daß die horrea, als bloße Aufbewahranstalten, wahrscheinlich nicht so häufig geöffnet gewesen sein werden, als unsere heutigen Banken.

Jetzt möge noch folgende Stelle erörtert werden.

fr. 2, § 9, de coll. bon. 37, 6. — Paulus.

> Si per inopiam emancipatus cavere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit invenire fidejussores, ut tamen

de his, quae mora deteriora futura sunt, his qui in potestate sunt actio detur ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit.

Auch diese Stelle legt wiederum Zeugnis für die feine Beobachtungsgabe ab, welche die Römischen Rechtsgelehrten für die wirklichen Bedürfnisse des Lebens hatten.

Es handelt sich um eine Verpflichtung, Bürgen zu stellen. Das ist an sich gerade keine sehr zeitraubende Handlung, wenn die Bürgen nur erst angeschafft sind. Auch zu dieser Vorhandlung, dem Anschaffen der Bürgen, muß dem Schuldner eine angemessene Frist eingeräumt werden.

Nun wird dies Anschaffen von Bürgen zwar manchem sehr leicht, andern hingegen fällt es sehr schwer. Dem Gläubiger pflegt aber gerade da am meisten um die Bürgen zu thun zu sein, wo deren Anschaffen dem Schuldner sehr schwer fällt. Und daß wir es hier mit einem solchen Falle zu thun haben, zeigt uns der Ausdruck „per inopiam“ an[13]). Vielleicht muß erst die ganze Verwandtschaft nachgesucht werden bis zu einem Grade, den es gar nicht mehr gibt. Einer von diesen im schuldnerischen Sinne Verwandten hat sich schließlich erweichen lassen, und vielleicht auch der Krämer, von dem der Schuldner holen läßt. Das zu Wege zu bringen, war aber gar keine so leichte Arbeit, und zu solcher Arbeit muß dem Schuldner eine angemessene Frist gegönnt werden. Andererseits hat indes diese Frist auch ihre Grenzen: auf zeitliche Unmöglichkeit darf sich in unserem Falle der Schuldner nicht berufen.

§ 49.

In wie fern kann der gemahnte Schuldner Frist beanspruchen? Schluß.

Im vorigen Paragraphen betrachteten wir uns den Fristanspruch des gemahnten Schuldners vorzugsweise an Beispielen, die uns das Corpus Juris darbot. Ich nehme jetzt den Faden da wieder auf, wo wir im vorvorigen Paragraphen stehen blieben.

Bei weitem am wichtigsten ist der Fristanspruch des gemahnten Schuldners, welcher in der Beschaffenheit der schuldigen Leistung seinen Grund findet.

---

[13]) Vgl. Fein, das Recht der Collation, S. 108, 109.

Ein solcher Fristanspruch kann nicht bloß zur Leistung selber, sondern auch zu Vorhandlungen begehrt werden.

Diese Vorhandlungen können zur Leistung selber von Haus aus in einem Nothwendigkeitsverhältnis, oder nur in einem Zufälligkeitsverhältnis stehen.

Wenn ich mir z. B. bei einem Schneider einen Rock bestelle, so muß die Anfertigung dieses Rockes als Vorhandlung nothwendig der Oblation des Rockes voraufgehen.

Wenn dagegen der Depositar aus Furcht vor Dieben die bei ihm deponirten Werthsachen auf die Rostocker Bank bringt, und diese sich im Augenblicke der Mahnung noch dort befinden; so wird hier allerdings gleichfalls eine Vorhandlung nothwendig, aber doch nur deshalb, weil der Depositar die fraglichen Werthsachen wieder anderswo deponirt hatte.

Auf Vornahme solcher Vorhandlungen, die nicht nothwendig von Haus aus mit der Leistung selber gegeben sind, kann nun nicht bloß ein Schuldner, welcher sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen darf, sondern auch ein anderer Schuldner Anspruch haben.

Besondere Beachtung verdient in dieser Beziehung die Geldanschaffungsvorhandlung.

Es gibt Geldschulden, bei denen der Schuldner sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann.

Es gibt ferner Geldschulden, bei denen der Schuldner sich zwar nicht auf zeitliche Unmöglichkeit berufen, wo er aber doch eine angemessene Frist zur Geldanschaffung beanspruchen kann.

Es gibt endlich Geldschulden, bei denen der Schuldner weder sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen, noch Frist zur Geldanschaffung beanspruchen kann.

Es hat z. B. jemand ein verzinsliches Gelddarlehen zu seinem Etablissement erhalten. Für den Fall, daß die Zinsen stets prompt eingehen, ist ausbedungen: daß der Schuldner das Darlehen erst zurückzuzahlen brauche, wenn es in seinen Kräften stehe, oder wenn es ihm passe.

Mahnt hier der Gläubiger zu einer Zeit, wo der Schuldner das geliehene Geld noch nicht ohne Schaden seinem Geschäfte entziehen konnte; so ist der Schuldner berechtigt, sich auf zeitliche Unmöglichkeit zu berufen, und macht auf diese Weise die Mahnung unwirksam.

In welchem Umfange sich der Schuldner in solchen Fällen auf

zeitliche Unmöglichkeit berufen kann, hängt von der Fassung des Vertrages ab.

In fr. 79, § 1, J. D. 23, 3 hat z. B. ein Vater seiner Tochter 100 zur Mitgift versprochen „cum commodissimum esset“. Dieser Schuldner sollte sich nach dem übereinstimmenden Ausspruche von Servius, Atejus und Labeo nur so lange auf zeitliche Unmöglichkeit berufen dürfen, als er ohne Schimpf und Schande „sine turpitudine et infamia“ nicht geben könne.

Durch die Worte „sine turpitudine et infamia“ hat wohl, wie Majansius[1]) annimmt, der verbrecherische und verächtliche Erwerb ausgeschlossen sein sollen. In letzterer Beziehung denke man z. B. an den, qui artis ludricae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit[2]).

Demnach wäre der Sinn der Stelle dieser: der Vater solle zur Leistung der Mitgift verpflichtet sein, sobald er durch rechtschaffenen Erwerb hierzu hätte im Stande sein können.

In fr. 125 V. S. 50, 16 werden von Proculus die beiden Ausdrucksweisen „quum potuero“ und „quum commodum erit“ besprochen. Der Römische Rechtsgelehrte ist geneigt, die letztere Ausdrucksweise für die dem Schuldner günstigere zu nehmen; und meint, dieselbe bedeute so viel als „quum sine incommodo meo potero“. Das ist also eine ähnliche Auslegung, wie die oben beim Darlehensfall von mir versuchte.

Die Ausdrucksweise „quum potuero“ können wir etwa übersetzen: „wenn es in meinen Kräften steht“; und das „quum commodum erit“ mit: „wenn es mir paßt“. Indessen kann bei derartigen Fragen von einer wortentsprechenden Anwendung des Römischen Rechtes keine Rede sein. Die Römischen Rechtsgelehrten dachten darüber nach: was haben die Vertragschließenden im Sinne gehabt, wenn sie so und so sprachen. Und dasselbe Verfahren haben wir der heutigen Ausdrucksweise gegenüber zur Anwendung zu bringen.

Hierher gehören auch die Fälle, wo dem Schuldner das beneficium competentiae zur Seite steht[3]).

Wesentlich verschieden von diesen Fällen, wo der Schuldner sich auf zeitliche Unmöglichkeit, sei es nun in einem geringeren oder weiteren

[1]) ad triginta jurisconsultorum fragmenta, Bd. 2, S. 183.
[2]) fr. 1 de his, qui notantur infamia 3, 2.
[3]) Vgl. z. B. fr. 49 de pactis 2, 14.

Umfange, berufen darf, sind die Fälle, wo dem Schuldner nur eine angemessene Frist zur Anschaffung des Geldes eingeräumt wird.

Ich gehe in einen Laden und kaufe eine Sache. Der Verkäufer sagt: mit der Bezahlung des Kaufpreises hat es keine Eile.

Hier ist zwar gestundet. Da die Stundung aber auf unbestimmte Zeit geschah, kann der Verkäufer den Credit zu jeder Zeit wieder aufrufen, also mahnen.

Weil aber gestundet ist, wenn auch auf unbestimmte Zeit, ist der Käufer nicht verpflichtet, den Kaufpreis stets für den Verkäufer in Bereitschaft zu halten. Denn eine solche Verpflichtung würde mit dem öconomischen Zwecke einer solchen Stundung in Widerspruch stehen.

Hat zwar der Schuldner das geschuldete Geld im Augenblicke der Mahnung bereit, so muß er sofort erfüllen; im übrigen aber muß ihm eine zur Anschaffung des Geldes angemessene Frist eingeräumt werden.

Ein solches Bereithaben des Geldes liegt aber nicht immer schon dann vor, wenn der Schuldner das geforderte Geld in Cassa hat. Denn dieses Geld ist vielleicht schon zu andern Zwecken bestimmt, z. B. für einen Wechsel, dessen Präsentation jeden Augenblick erwartet wird.

Bei Bemessung dieser zur Geldanschaffung einzuräumenden Frist haben wir vor allem im Auge zu halten, daß es sich hier um einen Schuldner handelt, der sich nicht auf zeitliche Unmöglichkeit berufen darf. Wir haben in dieser Beziehung also folgende Frage zu beantworten: wie viel Zeit würde zur Geldanschaffung erforderlich sein, wenn der betreffende Schuldner Credit hätte? Denn wenn wir diesen Standpunkt nicht festhalten, fallen wir unfehlbar der zeitlichen Unmöglichkeit in die Hände.

Im übrigen ist gebürend auf die Persönlichkeit des Schuldners Rücksicht zu nehmen. Was Venulejus in fr. 137, § 2, V. O. 45, 1 von einem zu einer Reise verpflichteten Schuldner sagt, daß ihm so viel Zeit gelassen werden müsse, „quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire" ist analog auch auf den zur Geldanschaffung verpflichteten Schuldner anzuwenden. So wird einem Kaufmann das Geldanschaffen schon leichter, als einem Handwerker; und diesem fällt es wieder nicht so schwer, wie z. B. einem Bauern, der überhaupt in allen Angelegenheiten des Rechts mit einer gewissen Gemächlichkeit zu Werke zu gehen pflegt.

Ferner ist es möglich, daß diese Frist sich durch Zufälligkeiten

und Unglücksfälle erweitert. Denn auch ein Schuldner, der Credit hat, und einen solchen müssen wir ja zu Grunde legen, ist vor Unglück nicht sicher.

Setzen wir: ein gemahnter Handwerker will sich dadurch Geld verschaffen, daß er sich auf's Land begibt und von einem Gutsbesitzer die Bezahlung seiner Jahresrechnung begehrt. Als er aber dort ankommt, heißt es: die Herrschaft ist soeben in's Bad gereist. Diesem Schuldner muß doch noch etwas Zeit gegönnt werden, damit er sich anderweitig nach Geld umsehen könne.

Oder das Geld, welches von auswärts kommen soll, verspätet sich um einen Tag, weil wegen zu starken Schneefalles einen Tag über gar keine Züge gegangen sind, oder die betreffenden Bahnen ausschließlich für Kriegszwecke in Anspruch genommen waren.

Oder der Schuldner ist in Folge schwerer Krankheit, die ihn betroffen hat, weder selber im Stande, für Anschaffung des Geldes zu sorgen, noch jemand hiermit zu beauftragen.

Hierher gehört denn auch der von Mommsen besprochene Fall mit den Räubern. Nachdem nämlich Mommsen auf Seite 62 den Satz aufgestellt hat, daß mitunter auch einem Umstande, obgleich er eine wahre Unmöglichkeit nicht begründe, doch insoweit ein Einfluß einzuräumen sei, als er das „augenblickliche Eintreten der Mora" hindere, fügt er in Anmerkung 11 hinzu:

„So z. B. in dem Fall, wenn ein wegen einer Geldzahlung gemahnter Schuldner sich sofort mit der geschuldeten Geldsumme auf den Weg zum Gläubiger begibt, aber unterwegs von Räubern überfallen und des Geldes beraubt wird. Der Schuldner wird durch diesen Unglücksfall nicht befreit, aber ein nach richterlichem Ermessen zu bestimmender Aufschub dürfte hier gerechtfertigt sein."

Hierzu bemerkt Windscheid in seiner Recension der Mommsen'schen Schrift [4]):

„Hat der Verf. wohl bedacht, daß bei der nachfolgenden Unmöglichkeit auch die bloß subjective hilft? Auf jeden Fall liegt in dem Beispiel, welches er auf S. 62, Note 11, anführt, eine nachfolgende Unmöglichkeit vor."

Was es nun mit dieser nachfolgenden Unmöglichkeit, die als bloß subjective helfen soll, soweit die Zahlungsfähigkeit in Betracht kommt,

---

[4]) Heidelberger Kritische Zeitschrift von 1856, Bd. III., S. 260, 261.

für eine Bewandtnis habe, wissen wir schon [5]). Der Einwand Windscheid's ist durchaus unbegründet. Der hier in Frage stehende Unglücksfall bewirkt keineswegs nothwendig, daß der gemahnte Schuldner sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann. Es hängt hier vielmehr alles von der Beschaffenheit der schuldigen Leistung ab.

Ist die schuldige Leistung von der Beschaffenheit, daß der gemahnte Schuldner berechtigt ist, sich auf zeitliche Unmöglichkeit zu berufen; so bleibt es ihm unbenommen, auch einen Räuberüberfall in dieser Weise zu verwerthen.

Ist die schuldige Leistung von der Beschaffenheit, daß der gemahnte Schuldner nur eine Frist zur Anschaffung des Geldes beanspruchen darf, so kann in dieser Beziehung auch ein Räuberüberfall von Bedeutung werden. Es kann doch hier keinen Unterschied machen: ob der Schuldner im Augenblicke der Mahnung das Geld nicht bereit hatte, oder ob er des in Cassa befindlichen Geldes gleich nach der Mahnung beraubt wurde. Es kann hier ferner keinen Unterschied machen: ob z. B. der Handwerker den Gutsbesitzer nicht zu Hause trifft, oder ob ihm unterwegs Räuber das Geld, welches der Gutsbesitzer ihm gezahlt hatte, wieder abnahmen.

Ist endlich die schuldige Leistung von der Beschaffenheit, daß der gemahnte Schuldner sich weder auf zeitliche Unmöglichkeit berufen, noch eine Frist beanspruchen darf; so kann er sich auf einen Räuberunfall ebensowenig wie auf anderes Unglück berufen.

Statt Vorwurf, verdient also Mommsen, wie schon anderwärts bemerkt worden, in so fern unsere Anerkennung, weil er bereits die Wahrnehmung gemacht hat, daß die Grundsätze über die zeitliche Unmöglichkeit für den Fristanspruch des gemahnten Schuldners nicht ausreichten [6]). Nur generalisirt auch Mommsen in seiner Weise wieder zu sehr.

Ich will es Mommsen weniger verargen: daß er die Geldleistungen, bei denen sich der Schuldner auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann, unberücksichtigt gelassen hat; denn diese kommen verhältnismäßig nicht allzu häufig vor. Jedenfalls hätte Mommsen sich aber sagen müssen, daß selbst solche Unglücksfälle, wie er im Sinne hat, dem Gläubiger da nicht entgegen gehalten werden können, wo der

---

[5]) Siehe oben, S. 396 fgg.

[6]) In seiner Unmöglichkeit der Leistung, S. 2, 3 und 28, war freilich Mommsen noch anderer Ansicht.

Schuldner sich weder auf zeitliche Unmöglichkeit berufen, noch Frist zur Geldanschaffung beanspruchen darf. Ein Fall dieser Art ist es z. B., wenn die Geldleistung an einem bestimmten Tage geschehen soll. Wenn z. B. laut Inhalt des Vertrages der Gläubiger am 14. Juli das Geld beim Schuldner entgegennehmen soll, kann dieser sich nicht darauf berufen, daß er in der Nacht vorher seiner ganzen Baarschaft beraubt sei. Was kümmern den Gläubiger in einem solchen Falle Räuber? Hier sagt der Gläubiger: heut' ist der vierzehnte.

Und so sind wir denn bereits bei der dritten Klasse von Geldleistungen angelangt. Aber nicht bloß da, wo ein bestimmter Erfüllungstag verabredet, kann der gemahnte Schuldner zur Geldanschaffung keine Frist beanspruchen. Es giebt auch Fälle anderer Art.

So müssen z. B. Sichtwechsel nach Art. 31 der W.=O. gleich nach der Vorzeigung bezahlt werden.

Und ebenso wenig darf die Rostocker Bank, wenn ich von derselben die Einlösung einer Banknote begehre, zwecks Anschaffung von Geld eine Frist in Anspruch nehmen. Dagegen „die Zweigbanken oder Bank=Comptoirs sind zur sofortigen baaren Auswechselung nur verpflichtet, insoweit es deren baarer Cassenbestand erlaubt, jedenfalls aber binnen 72 Stunden nach Vorzeigung“[7]).

Nach Römischem Recht gehörte die Stipulation auf certa pecunia und certa res zu denjenigen Obligationen, bei denen der Schuldner zur Anschaffung des Geldes, beziehungsweise der Sache, regelmäßig keine Frist beanspruchen durfte. Dies drückt Venulejus in fr. 137, § 4, V. O. 45, 1, so aus:

> et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.

Der Ausdruck difficultas entspricht hier unserm Deutschen „Mangel“. Beschränken wir uns demnach auf die Geldleistungen, so können wir den Gedanken des Venulejus etwa so wiedergeben: Geldmangel ist im allgemeinen eine Sache, die dem promissor zum Nachtheile gereicht, nicht aber den stipulator an der Geltendmachung seines Rechtes hindert.

Dies galt nicht bloß von der Stipulation mit Tagbestimmung, sondern auch für die Stipulation ohne Tagbestimmung.

---

[7]) Vgl. die unter'm 27. Febr. 1850 bestätigten Statuten der Rostocker Bank, § 38, in Raabe's Gesetzsammlung, Bd. V., S. 999.

fr. 41, § 1, V. O. 45, 1. — Ulpianus.

Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet dies adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore.

Bei einer Stipulation ohne Tagbestimmung mußte also der Schuldner das Geld jeder Zeit in Bereitschaft haben, während er bei einer Stipulation mit Tagbestimmung hierfür doch vor dem Zahlungstage nicht zu sorgen hatte. Deshalb sagt Ulpian: die Hinzufügung der Tagbestimmung sei ein Vortheil des Schuldners und nicht des Stipulators; Worte, die vielfach misbraucht, obgleich sie ganz harmloser Natur sind, und denen, aus dem heutigen Rechtsleben etwa folgender Satz entsprechen dürfte: es ist besser für den Schuldner, wenn er einen Tagwechsel, als wenn er einen Sichtwechsel ausstellt.

Ganz auf gleicher Stufe mit einem Sichtwechsel steht freilich eine Stipulation ohne Tagbestimmung an sich doch noch nicht. Denn bei einem Sichtwechsel muß der Schuldner gleich bei der Vorzeigung zahlen, während bei einer Stipulation ohne Tagbestimmung der Gläubiger zwar das Recht hatte, den Tag der Zahlung festzusetzen, dagegen dem Schuldner die Befugnis zukam, innerhalb dieses Tages nach seinem Belieben zu zahlen.

Aber auch diese Befugnis konnte dem Stipulationsschuldner entzogen sein, und hierzu diente den Römern die Clausel „cum petiero“.

fr. 48, V. O. 45, 1. — Ulpianus.

Si decem „cum petiero“ dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur et quasi sine mora, quam condicionem habet stipulatio: et ideo licet decessero priusquam petiero, non videtur defecisse condicio.

Derselbe Ulpian hat uns soeben in fr. 41, § 1, V. O. 45, 1, versichert, daß bei einer Stipulation ohne Tagbestimmung der Gläubiger den Zahlungstag festzusetzen habe. Die Klausel „cum petiero“ soll nun die Bedeutung haben, daß die versprochenen zehn celerius reddantur et quasi sine mora. Da aber einem derartigen Stipulationsschuldner nur die Befugnis zukam, innerhalb des Tages nach seinem Belieben zu zahlen; so kann die Bedeutung der fraglichen Klausel keine

andere sein, als daß dem Schuldner auch diese Befugnis genommen wird, und auch in dieser Beziehung dem Gläubiger das Bestimmungsrecht zusteht.

So kommt also eine Stipulation ohne Tagbestimmung mit der Klausel „cum petiero" unserm heutigen Sichtwechsel sehr nahe, obwohl noch immer die Verschiedenheit obwaltet: daß der Wechselgläubiger sich beim Schuldner einzufinden hat, während es scheint, als ob an sich der Stipulationsschuldner die Zahlung beim Gläubiger zu beschaffen hatte.

Weshalb haben wir uns aber eigentlich so weitläufig mit der Stipulation auf certa pecunia beschäftigt? Ist doch schon mehrfach darauf hingewiesen, daß dieselbe gegen unsere Mahnung völlig unempfindlich sei!

Es lag mir daran: den Nachweis zu liefern, daß der von Venulejus in fr. 137, § 4, V. O. aufgestellte Satz nur für die Stipulation auf certa pecunia und certa res richtig sei, für die er auch nur gegeben wurde; daß es daher durchaus verkehrt ist, wie man freilich allgemein anzunehmen scheint [8]), diesen Satz für ein Princip zu halten, welchem ohne weiteres jede Obligation unterworfen wäre. Sollte es wirklich wahr sein, daß ein Schuldner sich nie auf Geldmangel berufen dürfe; sollte also wirklich jeder Schuldner das von ihm geschuldete Geld stets in Bereitschaft haben müssen: so könnte auch nie und nimmer ein gemahnter Schuldner zur Geldanschaffung Frist beanspruchen. Allein es gibt Obligationen, deren öconomischem Zweck es geradezu widersprechen würde, daß der Schuldner das geschuldete Geld stets in Bereitschaft hätte, obwohl er jeden Augenblick gemahnt werden kann. Hierher gehören namentlich die Geldleistungen, die dem Schuldner auf unbestimmte Zeit gestundet wurden.

Es gibt freilich auch heutzutage Obligationen, wo der Schuldner das geschuldete Geld bei der Mahnung stets in Bereitschaft haben muß. Ich führte als Beispiele den Sichtwechsel und die Banknote an. Allein so wenig wie die Grundsätze, die in dieser Beziehung für den Sichtwechsel und die Banknote gelten, ohne weiteres für jede Obligation zutreffen; so wenig kann in dieser Hinsicht die stipulatio auf certa res und certa pecunia für das gesammte Obligationenrecht maßgebend sein.

---

[8]) Vgl. namentlich v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. I., S. 385 fgg.

Es hängt also alles von der Beschaffenheit der schuldigen Geldleistung ab, ob und in wie fern der gemahnte Schuldner zur Geldanschaffung Frist beanspruchen dürfe. Die Größe dieser Frist findet man, indem man sich die Frage beantwortet: wie viel Zeit würde zur Geldanschaffung erforderlich sein, wenn der betreffende Schuldner Credit hätte?

Diese Art und Weise der Fristberechnung möchte vielleicht den Gedanken nahe legen: daß man diesen Fristanspruch dem Schuldner, der keinen Credit hat, gänzlich versagte. Man könnte so folgern wollen: die Frist ist dazu da, daß der Schuldner Geld anschaffe, nicht damit er beliebig herumbummle; ein Schuldner aber, der keinen Credit hat, kann auch kein Geld anschaffen; da nun aber die fragliche Frist lediglich diesen Zweck hat, so kann sie ein Schuldner, dem sie doch nichts nützen würde, auch nicht beanspruchen.

Allein wenn nur das Beweisen nicht wäre! Ein Gläubiger, der seinem Schuldner diesen Fristanspruch versagte, würde eventuell beweisen müssen, daß er ihm doch nichts genützt hätte. Das ist aber ein ganz unmöglicher Beweis. Denn ob jemand Credit hat, oder nicht, ergeben erst die deshalb angestellten Experimente. Und diese Experimente zu versuchen, muß jedem Schuldner, auch dem, dessen Creditlosigkeit sich hernach herausstellt, gestattet sein.

Da, wo der Gläubiger sich darauf beschränkt, Mahnungszinsen zu fordern, kommt es allerdings häufig vor, daß diese Mahnungszinsen von der Zeit an gerechnet werden, wo dem Schuldner die Mahnung zuging; und der Schuldner, selbst wenn er Anspruch auf unsere Frist gehabt hätte, läßt sich das oft ruhig gefallen, weil der Nachtheil, der ihn deshalb trifft, zu geringfügig ist, als daß es sich der Mühe verlohnen sollte, deswegen Einwendungen zu erheben. Daraus aber, daß ein Schuldner sich vielleicht veranlaßt finden kann, ein Recht nicht auszuüben; darf man noch nicht folgern, daß ihm dieses Recht nicht zugestanden hätte. Er wird es schon geltend machen, wenn mehr auf dem Spiele steht, als ein paar Schillinge Mahnungszinsen.

Sintenis[9]) ist der Ansicht: der gemahnte Schuldner habe nur unter der Voraussetzung Anspruch auf Frist, daß er sie auch wirklich benutze. Sintenis spricht freilich allgemeiner, scheint aber nur die Frist zur Geldanschaffung im Sinne zu haben.

---

[9]) Civilrecht, Bd. II., § 93, erste Aufl. S. 202, dritte Aufl. S. 204, 205.

Vielleicht ist diese Sintenis'sche Ansicht durch die soeben besprochene Erscheinung im practischen Leben veranlaßt; für richtig kann ich sie durchaus nicht halten.

Denn wenn ein Gläubiger heute auf unbestimmte Zeit Credit gibt, und morgen mahnt; so kann er doch vom Schuldner nicht mehr verlangen, als daß er das Geld anschaffe. Und zu dieser Handlung muß dem Schuldner ebenso gut Zeit gelassen werden, als wenn er eine Handlung anderer Art vorzunehmen, z. B. ein Haus zu bauen hätte.

Die Sintenis'sche Ansicht führt folgerichtig zu folgendem Satze.

Ein Schuldner kann nur unter der Voraussetzung Frist für die Handlung, zu welcher er verpflichtet ist, beanspruchen, daß er diese Handlung in Wirklichkeit rechtzeitig vornimmt; versäumt er dies, so tritt eine Antedatirung ein.

Ist z. B. ein Schuldner verpflichtet, vom 19. Juli bis 1. October ein Gebäude herzurichten, und er unterläßt dieses; so müßte nach Sintenis in diesem Falle der Gläubiger eine Schadensersatzrechnung aufstellen können: wonach der Schuldner das zu leisten, was der Gläubiger gehabt hätte, nicht, wenn der Bau am 1. October, sondern wenn er schon am 19. Juli beendet gewesen wäre.

Gegen Sintenis hat sich auch Mommsen[10]) erklärt.

Besondere Beachtung verdient unser Fristanspruch in dem Falle, wenn der Gläubiger die Leistung beim Schuldner entgegenzunehmen hat. Hier kann eine Wiederholung der Mahnung erforderlich werden. Ein Beispiel dieser Art liefert die Postanweisung des Norddeutschen Postbezirkes. Hier heißt es in den „Bemerkungen für den Gebrauch der Post-Anweisungen":

„4. Der Adressat erhebt bei der Postanstalt am Bestimmungsorte den Betrag auf Grund der obigen vollzogenen Quittung; die Erhebung muß längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung der Post-Anweisung erfolgen.

5. Reichen die Geldmittel der Postcasse zur sofortigen Auszahlung der Beträge nicht aus, so kann die Zahlung erst nach Beschaffung der erforderlichen Geldmittel verlangt werden."

Hier haben wir es mit einem Gläubiger zu thun, der die Leistung beim Schuldner entgegenzunehmen hat. Es ist für unsere Frage ganz einerlei, ob man dem Adressaten ein wirkliches Forderungsrecht

---

[10]) a. a. O. S. 65.

gegen die Post einräumen will oder nicht. Mindestens hat man sich den Adressaten in seinem Verhältnis zur Postanstalt bis auf weiteres als vom Absender zur Mahnung und Entgegennahme des Geldes beauftragt zu denken. Und das genügt für unsern Zweck.

Also einerseits haben wir hier einen Gläubiger, der die Leistung beim Schuldner entgegenzunehmen hat. Andererseits hat die Postanstalt einen Anspruch auf Frist zwecks Beschaffung der erforderlichen Geldmittel, falls dieselben im Augenblicke der Mahnung nicht ausreichend vorhanden sein sollten.

Wenn nun der Gläubiger in einem Augenblicke mahnt, wo die Geldmittel nicht ausreichen; dann muß er wiederkommen, und seine Mahnung wiederholen.

Man kann hier aber nicht sagen, daß die erste Mahnung wirkungslos sei. Denn diese verpflichtet die Postanstalt, für Anschaffung des nöthigen Geldes zu sorgen. Und wenn dieses geschehen, darf sie das Geld nicht wieder in beliebiger Weise ausgeben; sondern muß es für den Gläubiger, der gemahnt hat, bis auf weiteres aufbewahren.

Mommsen ist hier gewaltig unklar. Es heißt bei ihm S. 64:

„Wenn der Gläubiger den Gegenstand der Obligation aus dem Gewahrsam des Schuldners abzuholen oder sich zur Entgegennahme der Leistung bei dem Schuldner einzustellen hatte, so kann von einem späteren Beginn der Mora nicht die Rede sein, wenn nicht auch in diesem späteren Zeitpunkt der Gläubiger die Vorkehrungen zur Entgegennahme getroffen, also sich in diesem Zeitpunkt wieder beim Schuldner eingefunden hat."

Was heißt „späterer Beginn der Mora"? Jedenfalls wirkt die erste Mahnung in so fern, als sie den Schuldner zur Vornahme der Vorhandlung verpflichtet. Und wenn der Schuldner gleich von vorneherein erklärt, er werde kein Geld anschaffen, braucht der Gläubiger gar nicht einmal wieder zu kommen [11]).

In so fern hat Mommsen aber einen richtigen Gedanken ausgesprochen, als er hier eine Wiederholung der Mahnung regelmäßig für nothwendig erklärt [12]). Wie reimt sich dazu indes, wenn Mommsen so fortfährt:

„In dem letzteren Fall wird man jedoch, sofern hier dem Schuldner ein modicum tempus einzuräumen ist, dieses gewöhnlich von

[11]) Siehe Mommsen selber a. a. O. S. 48.

[12]) Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 47.

der Zeit der Interpellation an zu berechnen haben, indem vom Schuldner verlangt wird, daß er gleich nach der Fälligkeit sich zur Leistung bereit mache, so daß er, wenn demnächst der Gläubiger sich meldet, dieselbe sofort beschaffen kann."

Hiernach soll es also ganz im Gegentheil einer Wiederholung der Mahnung gewöhnlich nicht bedürfen. Mommsen muß also an dieser Wiederholung der Mahnung Anstoß genommen haben.

Nun ist freilich die Ansicht älterer Schriftsteller, daß eine einmalige Mahnung regelmäßig nicht genügen solle [13]), durchaus verkehrt. Darum darf man nur nicht gleich das Kind mit dem Bade ausschütten wollen. Ist zwar regelmäßig eine einmalige Mahnung ausreichend, so gibt es doch auch Fälle, wo eine Wiederholung nothwendig wird; und Fälle dieser Art werden wir im Laufe der Untersuchung noch mehrere antreffen.

Im übrigen spiegelt sich in dem zuletzt ausgeschriebenen Satze Mommsen's so ganz seine vollständige Unklarheit über die Voraussetzungen der Mahnung ab.

Das modicum tempus soll gewöhnlich von der Zeit der Fälligkeit der Obligation, und nicht von der Zeit der Interpellation an zu berechnen sein. Hat Mommsen denn eigentlich ganz vergessen, von welchem Falle er hier redet? Mommsen spricht von einem Falle, wo der Gläubiger die Leistung beim Schuldner entgegenzunehmen hat. Hier wird ja aber die Fälligkeit gerade erst durch die Mahnung herbeigeführt. Die Mahnung ist also das Wirkende, und die Fälligkeit das Bewirkte. Es ist aber nothwendig, daß das Wirkende dem Bewirkten in zeitlicher Hinsicht voraufgehe.

Und läßt sich dann ferner ein modicum tempus dem Begriffe Fälligkeit ohne weiteres anhängen? Wir haben freilich gesehen, daß die Fälligkeit ein theilbarer Begriff ist [14]). Wenn z. B. jemand zu einem Baue verpflichtet ist, der ein Jahr dauern würde, und er zögert ein halbes Jahr, so ist die schuldige Leistung zur Hälfte fällig. Oder wenn jemand einen Koffer von Hamburg nach Rostock mit dem nächsten Zuge zu schicken hat, und er versäumt diesen Zug; so ist die Obligation in so fern fällig, als die Absendung des Koffers bereits hätte erfolgen müssen. Also theilbar ist dieser Begriff. Dagegen eine Fälligkeit mit

[13]) Vgl. hierüber v. Madai a. a. O. § 9.

[14]) Siehe oben, S. 481.

einem Fristanhange ist in meinen Augen ein gerade so unmöglicher Begriff, wie etwa ein Kreis, der an einer Seite geradlinig wäre.

Freilich hat Mommsen die Mahnung in der Weise behandelt, daß er sie als Unterart der Mora auffaßt, und mehrere Entstehungsarten dieser Mora annimmt. Seine allgemeinen Sätze sollen also nicht bloß für die Mahnung richtig sein. Aber doch auch für die Mahnung. Denn was für a, b, c, d richtig, muß es auch für a sein.

Bisher theilten wir die schuldigen Leistungen in zwei Classen, je nachdem der gemahnte Schuldner zufolge der Beschaffenheit der schuldigen Leistung einen Anspruch auf Frist hatte, oder nicht. Es ist indes auch denkbar, daß der Schuldner bei solchen Leistungen, wo ihm von Haus aus keine Frist zukam, deshalb einen derartigen Anspruch auf Frist erhält, weil der Gläubiger nicht rechtzeitig mahnte.

Zahltag eines acceptirten Wechsels sei der 18. Juli. Der Schuldner hat das Geld an diesem Tage bereit, der Gläubiger stellt sich aber an diesem Tage nicht ein. In Gemäßheit von Artikel 40 der W. O. ist hier der Acceptant berechtigt, sobald der zweite Werktag nach dem Zahlungstage abgelaufen, die Wechselsumme zu deponiren. Daraus wird man folgern müssen, daß der Wechselschuldner jedenfalls so lange das geschuldete Geld für den Wechselgläubiger in Bereitschaft zu halten habe.

Hat aber der Wechselschuldner nach Ablauf dieser Frist nur die Wahl: entweder zu deponiren, oder das Geld fortwährend in Bereitschaft zu halten? Ist also mit andern Worten, wenn der Schuldner nicht deponirt, der Wechsel so gut wie ein Sichtwechsel geworden? Ich glaube, diese Frage verneinen zu müssen; denn der Schuldner hat ja keinen Sichtwechsel, sondern einen Tagwechsel ausgestellt.

Daraus, daß ein Schuldner berechtigt ist, zu deponiren, folgt keineswegs: daß er, ohne von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, verpflichtet wäre, das geschuldete Geld stets und ständig in Bereitschaft zu halten.

Ein Gläubiger aus einem Tagwechsel, der sich am Zahlungstage oder den beiden darauf folgenden Tagen beim Wechselschuldner nicht einfindet, erklärt damit, daß ihm an einer pünktlichen Einlösung des Wechsels nichts gelegen sei. Ein solcher Gläubiger kann sich nicht darüber beschweren, wenn der Schuldner das Geld zu einer spätern Zeit nicht in Bereitschaft hat. Er wird sich dazu verstehen müssen, diesem Schuldner zwecks Anschaffung des Geldes eine angemessene Frist

einzuräumen; und kann unter Umständen froh sein, daß der Schuldner nicht gleich deponirte und ihm auf diese Weise Kosten verursachte.

Aehnlich wie bei Wechselschulden verhält es sich mit andern Geldleistungen, die an einem bestimmten Tage der Gläubiger beim Schuldner entgegenzunehmen hat, wenn die Zeitbestimmug eine zweiseitig bindende war; nur daß die Verpflichtung des Schuldners, das Geld in Bereitschaft zu halten, sich hier lediglich auf den bestimmten Tag beschränkt.

Hat sich also der Gläubiger an dem bestimmten 18. Juli nicht eingefunden, so ist der Schuldner bereits am 19. Juli berechtigt, das Geld, welches er Tags zuvor in Bereitschaft hatte, anderweitig zu verwenden. Und wenn vielleicht nach Wochen der Gläubiger sich einstellt, der Schuldner aber das Geld nicht gerade in Bereitschaft hat, so muß ihm eine angemessene Frist eingeräumt werden.

Denn es ist ja kein Vertrag abgeschlossen, daß der Schuldner vom 18. Juli an das Geld stets bereit halte, sondern nur, daß er es am 18. Juli in Bereitschaft habe. Die Zeitbestimmung war keine einseitig, sondern eine zweiseitig bindende.

Aehnlich wie mit Geldleistungen verhält es sich mit andern Leistungen. Wenn z. B. zur Tradition eines Grundstückes der 18. Juli bestimmt ist, der zur Tradition Verpflichtete sich zu diesem Tage ganz darauf eingerichtet, auch wohl einen Notar bestellt hat, der das Traditionsprotocoll schreibe, und der Gläubiger sich an dem betreffenden Tage nicht einstellt; dann braucht der zur Tradition Verpflichtete mit seinem Notar nicht etwa bis in die aschgraue Ewigkeit auf den Gläubiger zu warten. Und wenn später, etwa nach Wochen, der Gläubiger sich einfindet, um das Grundstück entgegenzunehmen, muß dem Schuldner eine angemessene Frist eingeräumt werden, damit er alles zur Tradition vorbereite.

Der Satz, den wir hier fanden, läßt sich auch so ausdrücken.

Bei Leistungen, welche der Gläubiger beim Schuldner entgegenzunehmen hat, wird eine zweiseitig bindende Zeitbestimmung durch Ausbleiben des Gläubigers nicht zu einer einseitig den Schuldner bindenden, vielmehr verwandelt sich dadurch die geschuldete Leistung in eine auf unbestimmte Zeit gestundete.

Die bisherige Literatur über den Fristanspruch des gemahnten Schuldners macht einen sehr traurigen Eindruck.

Dieser Fristanspruch erscheint darnach als ein in der Luft schwebendes Etwas, von dem man gar nicht weiß, wo es her kommt.

Meistens scheint man geglaubt zu haben, daß man dem gemahnten Schuldner aus ganz besonderer Gnad' und Barmherzigkeit eine kleine Fristzugabe bewilligen müsse.

Allein der Fristanspruch des gemahnten Schuldners beruht auf ebenso sicherem Grunde, wie jeder andere Anspruch.

Wenn man dies bisher verkannt hat, so ist diese Erscheinung vorzugsweise auf zwei Ursachen zurückzuführen.

Einerseits erblickte man in dem Ausspruche des Venulejus in fr. 137, § 4, V. O. 45, 1 einen für das gesammte Obligationenrecht gültigen Satz, während er doch nur für die Stipulation auf res und pecunia certa aufgestellt war.

Andererseits hielt man Fälligkeit der schuldigen Leistung für eine Voraussetzung der Mahnung. Und wie daneben noch von einem Fristanspruche des gemahnten Schuldners die Rede sein könne, ist allerdings schwer begreiflich.

So darf es uns denn auch nicht Wunder nehmen, daß es Schriftsteller gegeben hat, welche von diesem Fristanspruch des gemahnten Schuldners gar nichts wissen wollten [15]). Und dabei ist es nicht geblieben. Selbst die gesetzgebenden Factoren des heiligen Römischen Reiches haben einmal allen Ernstes die Frage erwogen: ob man diesen Fristanspruch des gemahnten Schuldners, als ein Ueberflüssiges, nicht vollständig beseitigen könne! [16])

Das Beste, was ich über diesen Fristanspruch des gemahnten Schuldners gefunden habe, ist eine Bemerkung von Windscheid. Derselbe sagt nämlich [17]):

„Der Schuldner muß zwar der Mahnung sofort gehorchen; aber daraus folgt nicht, daß er gerade in demselben Momente leisten müßte, in welchem die Mahnung an ihn gestellt wird. Eine gewisse Zeit muß ihm für die Verwirklichung der Leistung immer gelassen werden; das Nähere ist dem richterlichen Ermessen anheim zu geben."

Denn darauf kommt schließlich alles hinaus, wenn man von dem Falle absieht, wo der Gläubiger bei der Mahnung dem Schuldner eine Frist bewilligt. Der Schuldner hat Anspruch auf die Frist, welche zur Leistung, einschließlich etwaiger Vorhandlungen, erforderlich ist.

---

[15]) Vgl. v. Madai a. a. O. § 14.

[16]) Vgl. hierüber Seuffert's Archiv, Bd. VI., 163, Anm. 1; Mommsen a. a. O. S. 65, Anm. 16.

[17]) Pandekten, Bd. II., § 279 a. E.

Andererseits muß der Schuldner der Mahnung sofort gehorchen; denn der Gläubiger ist nicht eher zur Mahnung berechtigt, bevor nicht der Schuldner mindestens zu Verhandlungen verpflichtet ist.

§ 50.
Rückblick und Abschluß.

Wir gingen davon aus, in der Nichtbeachtung der Mahnung einen Anwendungsfall des negativen Civilunrechts zu erblicken.

Der öconomische Zweck der Mahnung ist, Aufhebung der schuldigen Leistung herbeizuführen. Läßt nun der Schuldner diese Mahnung unbeachtet, so entsteht eine Verrückung zwischen dem durch das Recht geheischten und dem thatsächlichen Bestand der Dinge. Das Fortbestehen der schuldigen Leistung hat aufgehört, Rechtens zu sein. Durch die Nichtbeachtung der Mahnung ist dem Gläubiger vom Schuldner civiles Unrecht zugefügt worden.

Damit aber die Nichtbeachtung der Mahnung civiles Unrecht erzeuge, ist erforderlich, daß der Gläubiger bereits berechtigt war, Aufhebung der schuldigen Leistung zu verlangen. Demgemäß hatten wir den Zeitpunkt festzustellen, wann der Gläubiger zur Mahnung berechtigt sei.

Wir haben uns aber hierauf nicht beschränkt, sondern auch den Zeitpunkt zu bestimmen gesucht, bis wann der gemahnte Schuldner die Leistung zu beschaffen hatte.

War dies aber nicht vielleicht eine ganz überflüssige Arbeit? Hatten wir nicht genug an dem ersteren Zeitpunkte? War es nicht genug, wenn wir wußten: von wann an das Fortbestehen der schuldigen Leistung civiles Unrecht zu sein anfängt?

Schon deshalb nicht, weil anfängliche Zögerung mitunter wieder gut gemacht werden kann: wenn z. B. der Schuldner später conquisitis undique fabris arbeitet, oder duplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contemta reist, oder sich des Telegraphen bedient.

Vorzugsweise aber deshalb nicht, weil das Civilunrecht, welches ein Schuldner dem Gläubiger dadurch zufügt, daß er eine Mahnung nicht beachtet, durchaus nicht so harmloser Natur ist, wie es auf den ersten Augenblick vielleicht den Anschein haben möchte. Bestände freilich die Verschiebung des Rechtsbestandes in nichts weiterem als darin, daß

das Fortbestehen der schuldigen Leistung aufgehört hat, Rechtens zu sein, so würde die Ermittelung des Endpunktes für die schuldige Leistung viel von ihrer Bedeutung verlieren. Allein wie ein Ergebnis andere nach sich zu ziehen pflegt, so verhält es sich auch mit der Nichtbeachtung der Mahnung. Dieselbe ist nur zu leicht geneigt, auch noch in anderer Beziehung störend auf das Vermögen des Gläubigers einzuwirken. Was hätte der Gläubiger nicht alles mit dem geschuldeten Gelde anfangen können, wenn es ihm rechtzeitig geworden! Was könnte er nicht alles schon verdient haben, wenn das Fabrikgebäude rechtzeitig abgeliefert wäre! Und welche Nachtheile anderer Art können den Gläubiger nicht möglicherweise getroffen haben! Vielleicht mußte er sehen, wie sein Grundstück auf dem Subhastationswege zu einem Spottpreise verkauft wurde, weil sein Schuldner seinen Verbindlichkeiten nicht rechtzeitig nachgekommen war!

Diese anderweitige Einwirkung auf das Vermögen des Gläubigers beginnt aber hauptsächlich erst dann, wenn die Frist, binnen welcher der Schuldner zu leisten hatte, abgelaufen ist. Denn vor diesem Zeitpunkte ist ein ursachlicher Zusammenhang zwischen einem anderweitigen Nachtheile, der das Vermögen des Gläubigers betrifft, und der Nichtbeachtung der Mahnung nur ausnahmsweise denkbar. Es gibt aber derartige Ausnahmen.

Wenn es sich z. B. um einen Bau handelt, zu dessen Ausführung ein Jahr erforderlich gewesen wäre, und der Baumeister ein halbes Jahr zögert; so können die Umstände sehr wohl derart sein, daß es dem Baumeister nicht mehr möglich ist, das Versäumte conquisitis undique fabris in jeder Beziehung einzuholen. Denn vielleicht mußte dieser Bau in einem halben Jahre schon so weit gefördert sein, daß der Bauherr wenigstens schon einzelne Räumlichkeiten, z. B. den Laden, benutzen konnte. Weil nun aber der Baumeister ein halbes Jahr ungenutzt verstreichen ließ, muß er dem Bauherrn mindestens das erstatten, was er für die Folge noch an Ladenmiethe auszugeben hat.

Ein anderes Beispiel wäre dies. Ein Schuldner ist vom Gläubiger gemahnt worden, mit dem nächsten Zuge den geliehenen Reisekoffer von Hamburg nach Rostock abzuschicken. Der Schuldner versäumt dies. Im Hause, wo sich der Koffer befindet, bricht Feuer aus; der Koffer brennt mit auf. Hätte hier der Schuldner den Koffer rechtzeitig abgeschickt, so wäre diese Einwirkung auf das Vermögen des

Gläubigers nicht erfolgt. Der Schuldner muß hierfür aufkommen, selbst wenn das Unglück sich eher zugetragen hätte, bevor der Koffer in Rostock sein konnte.

Dies kann weiter nicht auffallen. Denn so wichtig es auch sein mag, daß wir den Endpunkt feststellen, bis wann die schuldige Leistung erfolgt sein muß; der Endzeitpunkt ist, weil Endpunkt, doch immer nur der Nebenzeitpunkt. Der Hauptzeitpunkt ist immer der Anfangspunkt; denn haben wir den Anfangspunkt, so stellt sich der Endpunkt ganz von selber ein.

In dieses Verhältnis hat sich Mommsen so wenig zu finden gewußt, daß er hierüber auf zwei unmittelbar auf einander folgenden Seiten zwei entgegengesetzte Aussprüche gethan hat.

Auf Seite 64 lesen wir bei ihm:

„Dieser Auffassung zufolge kann die Interpellation mitunter schon vor dem Ablauf des dem Schuldner einzuräumenden modicum tempus Wirkungen äußern."

Dagegen auf Seite 65 wendet er sich gegen Sintenis, „welcher annimmt, daß der Uebergang der Gefahr auf den Schuldner immer sogleich erfolgt", und bemerkt:

„Meiner Meinung nach erfordert die Consequenz, daß man, wenn man dem Schuldner, wie dies in einigen Fällen geboten ist, ein modicum tempus zur Erfüllung einräumt, dann auch die Folgen der Mora nicht ohne weiteres schon mit dem Zeitpunkt der Interpellation eintreten läßt."

Das ist doch, von den Worten „ohne weiteres" abgesehen, das gerade Gegentheil von dem auf Seite 64 Gesagten. Und die Worte „ohne weiteres" sind wahrlich wenig geeignet, die bestehende Unklarheit in Klarheit zu verwandeln.

Vierte Abtheilung.

Beschaffenheit der Mahnung.

§ 51.
Einleitung.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten.

Die Mahnung hat zwei Personen zu ihrer Voraussetzung, für und gegen welche sie wirkt. Mit diesen haben wir uns in der ersten Abtheilung dieses Abschnittes beschäftigt.

Die Mahnung ist eine Unterart der Kündigung. Die Nichtbeachtung derselben ein Anwendungsfall des negativen Civilunrechts.

Ein civiles Unrecht ist hier nur unter der Voraussetzung denkbar, daß jemand da ist, dem gültig gezahlt werden kann. Ferner muß eine schuldige Leistung vorhanden, und diese zur Mahnung tauglich sein.

All diese Dinge sind bisher sattsam erörtert worden, doch damit die Voraussetzungen der Mahnung keineswegs erschöpft. Es bleibt noch übrig, auf den Inhalt und die äußere Beschaffenheit der Mahnung einzugehen. Denn die Mahnung, soll sie anders Wirkungen hervorrufen, muß selber, sowohl in inhaltlicher Beziehung als in Bezug auf ihre äußere Beschaffenheit, gewissen Anforderungen genügen.

Die Mahnung ist eine Handlung und verlangt als solche einen Ort, wo, und eine Zeit, wann sie vorgenommen wird. Wir werden uns demnach nicht bloß mit der äußern Beschaffenheit der Mahnung im allgemeinen, sondern auch mit dem Orte und der Zeit ihrer Vornahme zu befassen haben.

Die Aufforderung, worauf die Mahnung gerichtet, ist ebenfalls eine Handlung. Demgemäß werden wir uns den Inhalt der Mahnung nicht bloß in gegenstandlicher, sondern auch in zeitlicher und örtlicher Beziehung betrachten müssen.

Wie Klagen gehäuft werden können, und wie es nicht bloß ungültige und gültige, sondern auch an sich gültige, aber durch Einreden entkräftbare Klagen gibt; so stoßen wir auch auf eine Mahnungen-Häufung und Mahnungs-Einreden.

Auch der Klagmittheilung kann sich der Gläubiger als Mahnung bedienen, was schon den Römern nicht verborgen geblieben ist.

Schließlich wäre dann noch auf die Surrogate der Mahnung einzugehen.

§ 52.

Aeußere Beschaffenheit der Mahnung.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten.

Zu einer derartigen Aufforderung muß es wirklich gekommen sein. Es genügt nicht, wenn der Gläubiger bloß andeutungsweise verfährt, wenn er seinem Schuldner von ferne zu verstehen gibt: es sollte ihm sehr lieb sein, wenn der Schuldner auch einmal daran dächte, ihm die schuldige Leistung anzubieten.

Derartige Andeutungen kommen sehr häufig vor. Die Mahnung hat leicht etwas Verletzendes. Ehe sich daher der Gläubiger zu derselben entschließt, zieht er oft die mildere Form der Andeutung vor.

Mitunter enthält schon ein bloßer Besuch eine derartige Andeutung. Der Gläubiger stattet seinem Schuldner einen Besuch ab. Die Schuld wird vielleicht gar nicht einmal erwähnt; es ist vielleicht nur von Bismarck und schönem Wetter die Rede. Der Schuldner weiß aber gleichwohl sehr gut, was es mit diesem Besuche für eine Bewandtnis habe.

Etwas vernehmlicher klingt es schon, wenn der Gläubiger sein Klagelied von den schlechten Zeiten anstimmt: „nein! so schlecht wie in diesem Jahre die Gelder eingehen, das sei seit Menschengedenken nicht dagewesen."

Einem Prediger sind die Taufgebüren nicht berichtigt. In Folge dessen läßt er sich jeden Morgen nach dem Befinden des jungen Kaiserlichen und seiner Frau Mama erkundigen.

Diese fortwährenden Erkundigungen sind eigentlich kaum miszuverstehen, zumal wenn man sich denkt, daß die Sache einen ganz guten Verlauf nahm, und besondere Beziehungen zwischen dem Geistlichen und dieser Familie, deren Befinden ihm so sehr am Herzen zu liegen scheint, gar nicht bestehen.

Gleichwohl haben wir es hier doch immer nur mit Andeutungen zu thun, die rechtlich keine Wirkungen äußern.

Denn die Andeutung ist gleichsam erst ein Vorgedanke der Mahnung. Man kann auch so sagen: Andeuten ist ein Mahnen durch die Blume. Für solche Blumensprache sind wir Rechtsgelehrte aber völlig unempfindlich.

Man begegnet nicht bloß mündlichen Andeutungen, sie kleiden sich auch gerne in das Gewand der Schrift.

In letzterer Beziehung denke man sich z. B.: der Prediger hätte seine Befindenserkundigungen schriftlich angestellt.

Hier wäre denn auch der Ort, der Rechnung zu gedenken. Die Zustellung einer Rechnung gilt für sich allein nicht als Mahnung. Dies ist im H. G. B., Art. 288, Absatz 2, besonders ausgesprochen, und auch sonst richtig.

Denn Zustellung einer Rechnung ist an sich weiter nichts, als eine Erklärung des Gläubigers über die Größe seiner Forderung.

Derartige Erklärungen können durchaus in unbefangener Weise abgegeben werden. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Schuldner sich die Rechnung erbeten hat. Auch pflegen ja viele Schuldner mit ihren Gläubigern Contobücher zu halten, um stets von der Größe ihrer Schuld unterrichtet zu sein.

Aber auch wo die Zustellung einer Rechnung unaufgefordert erfolgt, kann dies ohne alle Nebengedanken geschehen. So pflegen die Sortimentsbuchhändler jedem Buche, das sie einem, sei es bestellt oder unbestellt, zusenden, eine Rechnung beizulegen, zu keinem andern Zwecke, als damit man gleich weiß, was das betreffende Buch koste.

Aber nicht immer ist die Absicht des Rechnung-zustellenden Gläubigers eine so harmlose.

Denn wenn so nach Neujahr diese Erklärungen der Gläubiger über die Größe ihrer Forderungen massenhaft ausgetragen werden, reden sie eine Sprache, dem Schuldner gar wohl verständlich: die Gläubiger wollen ihr Geld haben.

Gleichwohl liegt in der Zustellung einer Rechnung noch keine Mahnung, wenn auch dabei der Nebengedanke obwaltet, daß der Schuldner bezahlen solle. Selbst dann nicht, wenn die Zustellung einer Rechnung über die nämliche Forderung sich wiederholen würde. Auch kann es keinen Unterschied ausmachen, ob die Rechnung das zweite, dritte u. s. w. Mal noch specificirt ist, oder mit den Worten „laut übergebener Rechnung“ auf eine frühere Specification verweist.

Wolff[1]) meint freilich:

„wohl aber muß die wiederholte Sendung einer Rechnung (laut übergebener Rechnung) als eine Mahnung im Sinne des A. d. H. G. B. angesehen werden.“

Allein das ist weder für das Handelsrecht noch sonst richtig.

Denn der Gläubiger unterscheidet in der Regel scharf zwischen Rechnung und Mahnung. Der Gläubiger ist ein Diplomat. Zwei Mächte sind es, die bei ihm regieren; und diese heißen Habenwollen und Nichtfahrenlassen. Zwischen beiden Mächten sucht er klüglich zu vermitteln. Er will zwar gerne seine Gelder einziehen, aber andererseits auch keine Kunden verlieren. Würde er lediglich den Eingebungen seines auf Habenwollen gerichteten Sinnes folgen, so begönne er vielleicht gleich mit Mahnbriefen. Aber sein anderer Sinn des Nichtfahrenlassens gibt ihm zu bedenken, daß das die beste Manier wäre, alle seine Kunden los zu werden. Das will er auch wieder nicht. So sieht er sich denn seine einzelne Kunden an, und überlegt, was er den einzelnen bieten könne. Die ganz schlechten werden gemahnt, und wenn das nicht helfen will, auch wohl verklagt. Dagegen bei Kunden, die noch einigermaßen in der Wehre sind, nimmt er sich sehr in Acht, ehe er mit Mahnbriefen vorgeht. Er schickt Rechnungen. Wenn eine nicht helfen will, eine zweite. Die zweite sieht vielleicht schon etwas anders aus, als die erste. Denn während die erste specificirt war, nimmt die zweite mit den Worten „laut übergebener Rechnung“ auf diese Specification vielleicht nur Bezug, oder enthält andere berechtigte Eigenthümlichkeiten. Es ist aber noch immer kein Mahnbrief. Der Gläubiger hat absichtlich keinen Mahnbrief schreiben, sondern es vorläufig noch mit milderern Mitteln versuchen wollen. Er gibt wohl der Rechnung bald diese, bald jene Form; bewegt sich aber doch einer Mahnung gegenüber noch immer in Vorgedanken. Eine Rechnung, bei deren Zustellung der Nebengedanke obwaltet, daß der Schuldner auch wohl bezahlen könne, ist nichts anders als eine Andeutung.

Ein Gläubiger, der seinen Rechnungen bald diese, bald jene Form giebt, bald diese, bald jene Eigenthümlichkeit für geboten hält, spricht also nur, bald mehr, bald weniger deutlich, die Blumensprache der Andeutung. Doch wie alles, so haben auch diese Rechnungseigenthümlichkeiten ihre Grenze. Rechnungen können allerdings so eigenthümlich

---

[1]) Centralorgan, N. F., Bd. I., S. 181.

werden, daß sie aufhören, Rechnungen zu sein, und nichts anders, als Mahnbriefe sind. Ich will dies an zwei Beispielen erläutern.

Ein Tuchhändler schickte im Laufe des Jahres an alle seine Kunden, die ihre Schuld aus dem verflossenen Jahre noch nicht berichtigt hatten, Rechnungen folgender Art. Es war ein gewöhnliches Rechnungsformular. In demselben stand „laut übergebener Rechnung so und so viel"; und oben in der rechten Ecke unterstrichen „vor der Frankfurter Messe." Hier kann man zweifelhaft werden: ob überall noch eine Rechnung vorliegt, ob dies nicht schon ein Mahnbrief ist. Bedenken erregen nämlich die unterstrichenen Worte „vor der Frankfurter Messe". Der Tuchhändler hat damit doch sagen wollen: daß er die Frankfarter Messe zu besuchen beabsichtige, und bis dahin Bezahlung seiner Ausstände verlange. Indessen es ist einmal die Form der Rechnung gewählt; der Tuchhändler würde, wenn sich ein Kunde über eine solche Mahnung beschwert hätte, wahrscheinlich um Gründe nicht verlegen gewesen sein, um ihm auseinanderzusetzen, wie er das wohl für einen Mahnbrief hätte halten können; mag also noch als Rechnung passiren.

Ein anderer Kaufmann hatte seinen Rechnungen hinzugefügt: „Verzugszinsen werden mit fünf Procent auf's Jahr berechnet." Hier kann man gar nicht mehr zweifelhaft sein; das ist schon eine Mahnung. Denn wenn ein Gläubiger sagt, daß er von Zustellung der Rechnung an Mahnungszinsen berechne, so liegt in dieser Erklärung gleichzeitig, daß die Zustellung der Rechnung eine Mahnung enthalten solle.

So wären wir denn bereits bei der Mahnung angelangt.

Die Mahnung kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend [2]) erfolgen. Ein Beispiel einer stillschweigenden Mahnung haben wir soeben kennen gelernt. Andere Beispiele wären noch folgende.

Ein Gläubiger schickt seinem Schuldner über den Betrag seiner Schuld eine Quitung. Dies ist doch nur so zu verstehen, daß er sofort Zahlung begehre. Denn da die Quitung ein Beweismittel über die Zahlung ist, kann es unmöglich die Absicht des Gläubigers gewesen sein, dem Schuldner dies Beweismittel einzuhändigen, ohne dagegen Zahlung in Empfang zu nehmen [3]).

---

[2]) Vgl. über diese Begriffe Schliemann, die Lehre vom Zwange, Rostock 1861, S. 99 fgg.

[3]) So auch Wolff, Centralorgan, N. F., S. 181.

An dieser Auffassung der Quitung könnte die Vorschrift des Römischen Rechtes irre machen, daß Quitungen erst nach Ablauf von dreißig Tagen beweisen[4]). Allein diese Bestimmung, die unsern heutigen Anschauungen schnurstracks widerspricht, und die überdies verschieden gedeutet wird[5]), dürfte jedenfalls nur noch für ein geringes Gebiet Gültigkeit haben. In Mecklenburg-Schwerin ist sie aufgehoben durch die Verordnung vom 17. März 1838[6]), in Mecklenburg-Strelitz durch die Verordnung vom 10. April 1838[7]), und auch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch hat sie im Art. 295 beseitigt.

Ein weiteres Beispiel einer stillschweigenden Mahnung wäre, wenn der Gläubiger den Betrag seiner Forderung vom Schuldner durch Postvorschuß wahrzunehmen versuchte. Denn ein Gläubiger, der versucht hat, auf diese Weise sich Zahlung zu verschaffen, will sicherlich sein Geld haben. Hierbei wird indes vorausgesetzt, daß der Schuldner wußte, von wem der Brief sei, dessen Einlösung er verweigerte. Dies hat eventuell der Gläubiger zu beweisen.

In früherer Zeit hat man viel darüber gestritten, ob eine Aeußerung des Gläubigers „ich brauche mein Geld" eine wirksame Mahnung enthalte[8]). Diese Frage läßt sich weder unbedingt verneinen, noch bejahen; es kommt vielmehr alles auf die Umstände an[9]). Wenn z. B. ein Gläubiger vor seinen Schuldner hintritt, und weiter nichts sagt, als: „ich brauche mein Geld"; so ist dies sogar eine ziemlich barsche Mahnung. Wenn dagegen ein Gläubiger, der das Klagelied von den schlechten Zeiten ableiert, auch mit einfließen läßt, daß er sein Geld gebrauche; so wird man hierin nichts anders als eine Andeutung finden können.

Anlangend jetzt die ausdrückliche Mahnung, so kann sie einerseits geschehen durch Aussprechen von Worten, durch Schreiben von Worten, durch Telegraphiren von Worten; andererseits aber auch durch Vornahme von Handlungen, deren Verständnis vom Schuldner erwartet werden

---

4) c. 14, § 2, de non num. pec. 4, 30.

5) Vgl. Windscheid, Pandekten, § 344, Anm. 3.

6) Raabe's Gesetzsammlung für die Mecklenburg-Schwerin'schen Lande, Bd. II., S. 473.

7) Officielle Beilage zu den Mecklenburg-Strelitz'schen Anzeigen von 1838, S. 22 und 23.

8) Vgl. v. Madai a. a. O. S. 36–39.

9) So auch Wolff Mora S. 286.

darf. So ist es z. B. ebenso gut eine ausdrückliche Mahnung, wenn einem Dienstboten geklingelt, als wenn er gerufen wird.

Eine besondere Form ist für die Mahnung nicht vorgeschrieben, jedoch muß die Form eine passende sein. „Wenn Sie, Schweinehund, binnen drei Tagen nicht zahlen, werde ich Sie verklagen" wäre z. B. keine wirksame Mahnung. Es ist zwar nicht nöthig, daß der mahnende Gläubiger sich dem Schuldner gegenüber besonderer Höflichkeit befleißige; andererseits darf man ihm aber auch nicht jegliche Rücksichtslosigkeit gestatten.

Der Gläubiger kann entweder selber mahnen, oder dies durch Stellvertreter besorgen lassen. Er muß aber, wenn er jemand mit Ausrichtung der Mahnung beauftragt, hierzu eine passende Persönlichkeit wählen: auch in dieser Beziehung darf er sich nicht über alle Rücksichten hinwegsetzen. So wird eine durch das Dienstmädchen oder den Bedienten des Schuldners bestellte Mahnung in der Regel unwirksam sein. Doch kommt hier alles auf die Persönlichkeit des Schuldners an. Schuldner, die sich mahnen lassen, sind in der Regel in Vermögensverfall begriffen. Solche Leute sinken oft von Stufe zu Stufe, zuletzt werden sie gegen alles gleichgültig, und wissen auch nichts mehr davon, wenn das Dienstmädchen die Mahnungen bestellt.

Die Mahnung kann, wie bereits angegeben, entweder schriftlich oder mündlich erfolgen. Jedoch reicht ein bloßer Mahnbrief, z. B. ein durch den Briefträger überbrachter, da nicht hin, wo es sich um Leistungen handelt, welche der Gläubiger beim Schuldner oder an einem dritten Orte entgegenzunehmen hat. Hier muß der Gläubiger entweder selber kommen, oder jemand mit dem Mahnbriefe schicken, der gleichzeitig die Leistung in Empfang nehmen könnte. Denn sonst träfe auch hier wieder zu: quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit?

Die Römischen Rechtsgelehrten scheinen vorzugsweise die mündliche Mahnung vor Augen gehabt zu haben. Hierauf deuten wenigstens die Ausdrücke, welche sie am häufigsten für „mahnen" gebrauchen: interpellare d. i. anreden, convenire d. i. zusammenkommen.

§ 53.
Die Mahnung in zeitlicher Beziehung.

In der vorigen Abtheilung haben wir uns davon überzeugt, daß eine Mahnung in zeitlicher Beziehung zuläſſig, ſobald der Gläubiger berechtigt iſt, die Aufhebung der ſchuldigen Leiſtung zu verlangen. Und zwar kann eine Mahnung darauf gerichtet ſein, der Schuldner möge mit der ſchuldigen Leiſtung beginnen; und ſchon dann erfolgen, wenn der Schuldner nur erſt zur Vornahme von Vorhandlungen verpflichtet iſt. Wählt der Gläubiger zu ſeiner Mahnung dieſen Zeitpunkt, und will er, daß der Schuldner dieſer Mahnung in der Weiſe, wie er hierzu verpflichtet, ſofort Folge leiſte; ſo ſtehen Mahnung und ſchuldige Leiſtung in zeitlicher Beziehung mit einander in Einklang, und wir haben gegen die Gültigkeit der Mahnung keinerlei Einwendungen zu erheben.

Nun können aber in mehrfacher Hinſicht Abweichungen vorkommen, die uns hier zu beſchäftigen haben.

Erſter Fall. — Der Gläubiger mahnt zu einer Zeit, wo er zur Vornahme der Mahnung noch nicht berechtigt war, und verlangt vom Schuldner, daß er der Mahnung ſofort Folge leiſte. Es mahnt z. B. jemand am 1. September wegen einer Schuld, die erſt am letzten September zu berichtigen war, und verlangt ſofortige Zahlung.

Es liegt alſo einmal eine vorzeitige Mahnung vor, und außerdem wird in zeitlicher Beziehung zu viel gefordert.

Die Mahnung iſt unwirkſam, das wird wohl niemand bezweifeln wollen. Aber weshalb? Wegen der Vorzeitigkeit oder der Zuvielforderung?

Zweiter Fall. — Der Gläubiger mahnt zu einer Zeit, wo er zur Vornahme der Mahnung noch nicht berechtigt war, verlangt aber vom Schuldner nur: daß er in der Weiſe, wie er hierzu verpflichtet, die ſchuldige Leiſtung anbiete. Es mahnt z. B. jemand am 1. September wegen einer Schuld, die erſt am letzten September zu berichtigen war, und verlangt Zahlung am letzten September.

Es liegt alſo nur eine vorzeitige Mahnung vor; im übrigen wird in zeitlicher Beziehung nicht zu viel gefordert. Wie ſteht es um dieſen Fall?

Mommſen verräth bei Behandlung dieſes Falles große Unſicherheit. Auf Seite 46 ſagt er:

„so können wir doch der erwähnten Auffassung zufolge einer vor der Fälligkeit erfolgten Interpellation in der Regel auch für die Zeit nach eingetretener Fälligkeit keine Wirkung beilegen."

Auf Seite 50 meint er dagegen:

„Wenn jedoch, wie ich dafür halte, nach heutigem Recht bei betagten Forderungen das Eintreten einer Mora mit dem Ablauf des dies als Regel anzunehmen ist, so muß man auch eine solche Interpellation, wie die hier zur Frage stehende, als wirksam anerkennen."

Mir ist nur nicht recht klar, was die angeführte Rechtsregel hier soll. Diese Rechtsregel hat lediglich der Römischen Mahnung Gebiet entzogen. Daraus folgt nur nicht, daß auch der Begriff „Mahnung" ein anderer geworden sei.

Wenn z. B. jemand von seinem Ackerstücke einen Theil verkauft, so folgt daraus, daß sein Gebiet kleiner geworden; nur nicht, daß der ihm verbliebene Acker eine andere Boden=Beschaffenheit angenommen hätte, und aus Acker fünfter Classe vielleicht Acker zweiter Classe geworden wäre. So macht es hier aber Mommsen mit seiner Folgerung.

Ich halte jede vorzeitige Mahnung in der Regel für nichtig. Der Zweck der Mahnung ist, die Aufhebung der Obligation herbeizuführen. Nur unter der Voraussetzung erscheint die Mahnung öconomisch als berechtigt, daß der Gläubiger zu einer derartigen Erklärung bereits befugt war.

Allerdings gibt es Erklärungen, gerichtet auf Aufhebung einer Obligation, zu denen der Gläubiger in einem früheren Zeitpunkte berechtigt ist. Das ist aber dann nur nicht unsere Mahnung, sondern eine Kündigung anderer Art: das ist dann Kündigung im engern Sinne. (Vgl. oben, S. 162 und sonst.)

Ferner kommen nicht bloß Obligationen vor, bei denen der Gläubiger nur zur Mahnung oder nur zur Kündigung berechtigt wäre: es gibt auch Obligationen, wo dem Gläubiger beiderlei Befugnisse zustehen.

Es hat z. B. jemand ein Darlehen in der Weise weggegeben, daß der Schuldner dasselbe am 2. September 1870 mit vierprocentigen Zinsen zurückzahlen muß, falls der Gläubiger ihm vorher eine desfallsige Erklärung zugehen lassen würde; das aber von diesem Zeitpunkte an nur mit zwei Procent verzinset werden soll, falls der Gläubiger es später fordern sollte. Hier ist der Gläubiger vor dem 2. September jederzeit berechtigt, das Darlehen zum 2. September

zu kündigen; vom 2. September an aber jederzeit berechtigt, wegen des Darlehns zu mahnen.

Wenn aber auch solche Obligationen denkbar sind, wo der Gläubiger sowohl kündigen als mahnen kann; so folgt daraus nur nicht, daß wir beide Begriffe mit einander vermengen dürfen. Und ebenso wenig läßt der Umstand, daß der Gläubiger von einem spätern Zeitpunkte an zum Mahnen berechtigt, den Schluß zu, daß der Gläubiger von jedem früheren Zeitpunkt an kündigen könne. In dieser Beziehung hängt vielmehr alles von der jeweiligen Beschaffenheit der Obligation ab.

Mit Recht wird daher von Paulus in fr. 49, § 3, V. O. 45, 1 eine vorzeitige Mahnung für wirkungslos erklärt. Man hat freilich an dieser Stelle zu deuteln versucht; allein gegen diese Deuteleien mich zu erklären, habe ich schon früher Gelegenheit gehabt [1]).

Wohin sollte es auch führen, wenn man eine vorzeitige Mahnung gestatten wollte! Dann müßte man folgerichtig auch bei bedingten Obligationen während schwebender Bedingung eine Mahnung dahin zulassen: Schuldner möge bei eintretender Bedingung erfüllen.

So geboten es diesem allem zufolge erscheinen dürfte, an der Nichtigkeit der vorzeitigen Mahnung im allgemeinen festzuhalten, möchte ich die Sache doch nicht gerade auf die Spitze treiben.

Der Fall, den Paulus in fr. 49, § 3, V. O. 45, 1 bespricht, liegt so, daß eine ganz bestimmte Erfüllungszeit verabredet worden, um die sowohl Schuldner als Gläubiger wissen müssen.

Dagegen halte man nun einmal folgenden Fall, wie wir ihn oben, § 48, S. 487, bei Erörterung von fr. 1, § 22, Depositi besprachen.

Jemand, der an einem Sonnabend von einer Reise zurückkehrt, fordert seine deponirten Werthsachen zurück. Der Depositar hat diese Werthsachen aber mittlerweile auf die Rostocker Bank geschafft, die bis Montag Morgen geschlossen ist.

Wollte man es mit unserer Regel gar zu spitz nehmen, so könnte man versucht sein, auch an dieser Mahnung zweifelhaft zu werden. Allein diese Mahnung ist gültig. Denn woher konnte der Gläubiger überall wissen, daß sich seine Sachen auf der Rostocker Bank befänden?

Dritter Fall. — Der Gläubiger mahnt zu einer Zeit, wo er zur Vornahme der Mahnung bereits berechtigt war, verlangt aber vom Schuldner mehr, als wozu dieser in zeitlicher Beziehung verpflichtet

---

[1]) Vgl. oben § 14, S. 145—146.

ist. Es hat z. B. jemand auf unbestimmte Zeit gestundet, und verlangt nun vom Schuldner binnen 24 Stunden Zahlung, während dieser unter den obwaltenden Umständen zur Anschaffung des Geldes eine Frist von drei Tagen beanspruchen durfte.

Es liegt also zwar eine rechtzeitige Mahnung vor, denn der Schuldner war in dem Augenblicke, wo er gemahnt wurde, mindestens verpflichtet, mit der Vorhandlung, der Anschaffung des Geldes, den Anfang zu machen. Andererseits wird aber vom Schuldner in zeitlicher Beziehung zu viel gefordert. Denn während demselben drei Tage Frist gegönnt werden mußten, hat der Gläubiger nur eine Frist von 24 Stunden bewilligt.

Ist diese Mahnung gleichfalls wirkungslos? Ich glaube, diese Frage verneinen zu müssen. Denn woher kann der Gläubiger im voraus so genau wissen, wie viel Frist der Schuldner zur Anschaffung des Geldes gebraucht? Er hätte es ja auch baar liegen haben können; dann wäre gar keine Frist erforderlich gewesen.

Andererseits darf aber der berechtigte Fristanspruch des Schuldners durch einseitige Verfügung des Gläubigers nicht geschmälert werden. Inhalt der Mahnung und Umfang der schuldigen Leistung müssen miteinander in Einklang stehen. Wir haben hier also die fehlerhafte Mahnung in der Weise zu berichtigen, daß wir dem Schuldner die Frist einräumen, auf die er wirklich Anspruch hat.

Erscheint also nur die Mahnung öconomisch als berechtigt — eine Zuvielforderung in zeitlicher Beziehung thut ihrer Gültigkeit keinen Eintrag — dieser Fehler wird berichtigt.

Vierter Fall. — Der Gläubiger mahnt zu einer Zeit, wo er zur Vornahme der Mahnung berechtigt war, und verlangt vom Schuldner weniger, als wozu dieser in zeitlicher Beziehung verpflichtet ist. Es verlangt z. B. jemand vom Schuldner binnen acht Tagen Zahlung, während dieser zur Zahlung gar keine Frist beanspruchen durfte.

Daß eine solche Mahnung gültig, und eine derartige Zuwenigforderung in zeitlicher Beziehung im allgemeinen zulässig ist, davon ist schon früher die Rede gewesen [2]).

So hat sich denn bisher dies ergeben. Durch Zuwenigforderung oder Zuvielforderung in zeitlicher Beziehung wird die Gültigkeit der Mahnung nicht beeinträchtigt; eine vorzeitige Mahnung hingegen ist nichtig.

---

[2]) Vgl. oben § 18, S. 160, und § 47, S. 470.

Es genügt aber nicht, daß der Gläubiger im allgemeinen bereits zur Mahnung berechtigt war; die Zeit, die er zur Mahnung wählte, muß außerdem eine passende sein.

Dies folgt schon daraus, daß man dem Gläubiger dem Schuldner gegenüber nicht jede Rücksichtslosigkeit gestatten darf. Außerdem ist hier die Analogie der Oblation als maßgebend zu betrachten [3]).

Unter passender Zeit wird man im allgemeinen die Geschäftszeit zu verstehen haben. So wirft sich denn die Frage auf: was Geschäftszeit sei? Eine haarscharfe Bestimmung gibt es hier freilich auch wieder nicht. Doch dürfte Deutscher Anschauung entsprechen: daß die Geschäftszeit jedenfalls um 10 Uhr Abends aufhört, und nicht vor fünf Uhr Morgens beginnt. Denn um zehn Uhr Abends schließt der Deutsche Philister seine Hausthüre ab, und vor fünf Uhr Morgens fängt keine Arbeit an.

Viele Geschäftsleute haben ihre bestimmten Geschäftsstunden. Kannte der Gläubiger diese bei Eingehung des Schuldverhältnisses, oder mußte er sie kennen; so muß er sie auch bei der Mahnung berücksichtigen. Ich erinnere in dieser Beziehung z. B. an die Postanstalten, die Mittags zwischen ein und zwei Uhr, und Abends acht Uhr geschlossen werden.

Auch Sonn- und Festtage wird man im allgemeinen von der Geschäftszeit ausnehmen müssen [4]). Jedoch werden in Mecklenburg bei den Johannis und Antonii Statt findenden achttägigen landesüblichen Terminen die Sonntage mit zu Hülfe genommen.

v. Madai [5]) freilich läßt Mahnungen nicht bloß an Sonn- und Festtagen, sondern auch während der Nachtzeit zu, und fragt in letzterer Beziehung ganz naiv: „Wer z. B. des Nachts plötzlich verreisen müßte, warum sollte der nicht auch des Nachts sein Geld vom Schuldner fordern dürfen?"

Meines Erachtens könnte eine Mahnung zur Nachtzeit höchstens in so ferne rechtlich von Bedeutung werden, als sie unter den Begriff der nächtlichen Ruhestörung fiele.

Also zur Geschäftszeit muß der Gläubiger mahnen. Wenn nun aber der Schuldner, während der mahnende Gläubiger ankommt, bereits

---

[3]) Vgl. fr. 39 Sol. 46, 3 und Mommsen a. a. O. S. 49.

[4]) Vgl. H. G. B. Art. 329. W. O. Art. 92. Mommsen a. a. O. S. 49.

[5]) a. a. O. S. 44.

anderweitig durch Geschäfte in Anspruch genommen ist. Dann kann der Schuldner verlangen, daß der Gläubiger, vielleicht im Vorzimmer, so lange wartet, bis der Schuldner das andere Geschäft abgewickelt hat.

Dabei wird indes vorausgesetzt, daß der Schuldner nach Inhalt der Obligation berechtigt ist, den Gläubiger warten zu lassen, und daß er ihn nicht länger warten läßt, als er hierzu berechtigt.

So war z. B. in dem in Seuffert's Archiv I., 44 besprochenen Falle der Schuldner verpflichtet, am 30. October zu liefern. Als er nun an diesem Tage Mittags $12\frac{1}{4}$ Uhr gemahnt wurde, konnte er zwar sagen: Gläubiger möge Nachmittags wiederkommen. Er durfte aber den Gläubiger nicht auf den 1. November wieder zu sich bestellen, weil er bis dahin mit anderweitiger Ablieferung von Oel zu sehr beschäftigt sei.

Und hier komme ich auf den Fall zu sprechen, wie es sich mit den Mahnungen verhält: wenn in Zeiten der Krisis alles bei den Banken andrängt, und Einlösung der Banknoten verlangt.

Die Banken haben durchaus nicht nöthig, um den Andrang zu bewältigen, ihr Cassenpersonal zu vermehren, oder ihr Cassenlocal zu erweitern. Der eine muß immer so lange warten, bis der andere abgefunden ist. Die Banken haben nur nöthig, so viele Banknoten einzulösen, als mit dem vorhandenen Personal in dem vorhandenen Local zur Zeit möglich ist. Auf ein Mehreres haben die Inhaber von Banknoten keinen Anspruch.

Hierher gehört auch folgender Fall. Dienstboten müssen, wenn die Herrschaft es befiehlt, in der Regel sofort kommen, und ihre Dienste anbieten. Wenn nun aber die Köchin, der das Klingeln galt, gerade Milch auf dem Feuer hat? Die darf sie doch auch nicht anbrennen lassen. Denn zerreißen kann sich die Köchin nicht. Hier muß also die Hausfrau so lange warten, bis die Köchin die Milch besorgt hat.

Dieser Fall ist auch in so fern merkwürdig, als er zeigt, daß nicht jede Mahnung, die zu einer unpassenden Zeit erfolgt, als wirkungslos zu betrachten, vielmehr mitunter dem Schuldner nur einen Anspruch auf Frist gewährt.

Und in dieser Beziehung wäre noch auf einen Unterschied zwischen schriftlicher und mündlicher Mahnung aufmerksam zu machen.

Wenn ein Gläubiger an einem Festtage seinen Schuldner mündlich mahnt, so ist die Mahnung nichtig. Wenn nun aber statt dessen der Gläubiger an einem Festtage in den Briefkasten des Schuldners

einen Mahnbrief steckt? Der Schuldner hat ja gar nicht nöthig, diesen Brief gerade am Festtage herauszunehmen und zu lesen. Diese Mahnung muß doch wohl vom nächsten Werktage an Gültigkeit haben.

So sind wir denn, von Einzelheiten abgesehen, in diesem Paragraphen zu folgenden Sätzen gelangt.

Richtig ist regelmäßig die vorzeitige Mahnung.

Dasselbe gilt im allgemeinen von der Mahnung, welche zur unpassenden Zeit erfolgt.

Dagegen hat eine Zuviel= oder Zuwenigforderung in zeitlicher Beziehung auf die Gültigkeit der Mahnung in der Regel keinen Einfluß.

§ 54.

Die Mahnung in örtlicher Beziehung.

Mit der Mahnung in zeitlicher Hinsicht haben wir uns so eben nach zwei Richtungen beschäftigt: einerseits suchten wir den Zeitpunkt zu bestimmen, wann die Mahnung zu geschehen habe; andererseits beschäftigte uns die Frage, welchen Inhalt die Mahnung in zeitlicher Beziehung haben müsse.

Dem entsprechend haben wir jetzt einentheils den Ort der Mahnung, andererseits den Inhalt der Mahnung in örtlicher Beziehung festzustellen.

In letzterer Hinsicht haben wir hier ebenso wie bei der Zeit von folgenden Grundgedanken auszugehen. Die Mahnung muß darauf gerichtet sein: daß der Schuldner die schuldige Leistung dort vornehme, insonderheit anbiete, wo er hierzu verpflichtet ist.

Hat eine Mahnung diesen Inhalt, und geschieht sie andererseits am rechten Orte, so ist sie gültig. Wie steht es aber, wenn von dieser Regel in irgend einer Beziehung abgewichen worden?

Betrachten wir uns zunächst den Ort der Mahnung. Wir haben hier von folgendem allgemeinen Grundsatz auszugehen.

Jede Mahnung ist in örtlicher Beziehung durch die Gegenwart des Schuldners bedingt. Jeder Schuldner kann wirksam da gemahnt werden, wo er, bezw. sein Stellvertreter, z. B. Procurist, Generalbevollmächtigter, Vormund, sich befindet.

In dieser Beziehung verdienen indes diejenigen Obligationen besondere Beachtung, wo der Gläubiger die schuldige Leistung beim Schuldner, oder an einem dritten Orte entgegenzunehmen hat. Hier kann der Gläubiger den Schuldner zwar auch an jedem beliebigen

Orte, wo er oder sein Stellvertreter ihn gerade trifft, mahnen. Dies allein genügt indes noch nicht, wenn der Ort der Mahnung ein anderer ist, als derjenige, wo der Schuldner die schuldige Leistung anzubieten hat. Denn da der Schuldner an einem andern Orte nicht zu leisten braucht, so muß der Gläubiger gleichzeitig Vorkehrungen getroffen haben, welche den Schuldner in Stand setzen, die Leistung, so wie er sie schuldet, anzubieten. Er muß also gleichzeitig an diesem andern Orte, sei es nun selbst zugegen, oder durch einen Dritten vertreten sein, um die schuldige Leistung entgegennehmen zu können. Denn sonst würde man sagen müssen: quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit?

Bereits früher (S. 513) sahen wir, daß in solchen Fällen eine schriftliche Mahnung nicht ausreiche. Gerade so steht es indes auch mit den mündlichen Mahnungen, die anderswo, als am Erfüllungsorte, erfolgen.

Es ist z. B. jemand verpflichtet, am 10. September zwischen 1 und 2 Uhr an der Hamburger Börse eine schuldige Leistung anzuzubieten; der Gläubiger hat seinen Procuristen hingeschickt, um diese Leistung dort entgegenzunehmen; er selber trifft den Schuldner während dieser Zeit am Jungfernstieg, und mahnt ihn: diese Mahnung ist gültig, weil der Gläubiger jemand an der Börse hatte, der beauftragt war, die Leistung entgegenzunehmen. Wäre dies aber nicht der Fall gewesen, so hätte man der Mahnung am Jungfernstieg jegliche Bedeutung absprechen müssen.

Hiermit stimmt Mommsen überein. Derselbe sagt z. B. S. 44: „wenn der Ort der Interpellation nicht mit dem Erfüllungsort zusammenfällt, — — — ist es nöthig, daß der Gläubiger am Erfüllungsort die Vorkehrungen zur Entgegennahme getroffen hat."

Nur faßt Mommsen das Erfordernis „Vorkehrungen" unrichtig auf, wie aus seinen Ausführungen auf S. 37 hervorgeht. Es ist nämlich im allgemeinen weiter nichts erforderlich, als daß am dritten Orte sich jemand befinde, dem gültig angeboten werden könne.

Vgl. fr. 26, § 1, Leg. I.

> Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quominus ibi ubi id esset traderet

und dazu oben § 37, S. 386.

Die in dieser Beziehung abweichende Ansicht Mommsen's zu bekämpfen, habe ich schon früher Gelegenheit gehabt, vgl. oben § 19, S. 169—171.

Weiter bemerkt Mommsen auf S. 44 ganz richtig:

„Eben deshalb kann es denn auch zur Begründung einer Mora nicht ausreichen, wenn der Gläubiger, welcher den Gegenstand der Obligation beim Schuldner abzuholen hat, sich damit begnügt, an einem andern Orte eine Aufforderung zur Zahlung an den Schuldner zu richten."

Es ist indes möglich, daß der Schuldner diese Mahnung als gültig anerkennt. Und zwar kann er seine Anerkennung in doppelter Weise bethätigen: entweder indem er zahlt, also der Mahnung Folge leistet; oder indem er erklärt, er werde nicht zahlen.

Denn eine Erklärung dieser Art kann doch kaum anders aufgefaßt werden, als dahin: es sei ganz überflüssig, daß Gläubiger sich in seine, des Schuldners, Wohnung bemühe.

Hiermit stimmt Mommsen überein. Es heißt bei ihm S. 45:

„Auch hier kann, wenn der Schuldner — — überhaupt und auch für den Fall, daß der Gläubiger sich bei ihm einfinden werde, die Zahlung verweigert, ein Anderes (nämlich Wirksamkeit der Mahnung) eintreten."

Und S. 44:

„Eine ausdrückliche Verweigerung der Erfüllung von Seiten des Schuldners kann jedoch auch hier eine Ausnahme herbeiführen. So wird z. B., wenn A den B an dessen Wohnort auffordert, eine an einem dritten Orte zu beschaffende Zahlung zu leisten, und ihm zugleich mittheilt, daß er einen bestimmten Banquier zur Entgegennahme beauftragen werde, die Beauftragung unnöthig sein, wenn B erklärt, daß er die Leistung nicht beschaffen wolle."

So richtig demnach Mommsen diesen Fall nach allen Seiten hin erörtert hat, ist mir doch aufgefallen: daß er ein hierher gehöriges Beispiel auf S. 45 von einem ganz verkehrten Gesichtspunkte aus auffaßt. Er meint hier, die Mahnung sei in diesem Falle unwirksam wegen der Unpaßlichkeit des Ortes. Allein die Mahnung ist hier ungültig, wenn und weil der Gläubiger keine Vorkehrungen getroffen hat, die den Schuldner in den Stand setzen, die Leistung an dem Orte, wo er sie schuldet, anzubieten. Daß der Ort der Mahnung ein unpassender war, ist gar nicht nothwendig. Und wäre er ein unpassender gewesen, so würde es dem Gläubiger nichts genützt haben, selbst wenn er am Erfüllungsorte zur Entgegennahme der Leistung Vorkehrungen getroffen hätte.

Von dieser Unpaßlichkeit des Ortes will ich jetzt handeln.

Wenn auch im allgemeinen jeder Schuldner da wirksam gemahnt werden kann, wo er sich gerade befindet; so darf man doch dem Gläubiger, wie in anderer Beziehung, so auch in örtlicher Beziehung nicht jede Rücksichtslosigkeit gestatten. Die Mahnung muß an einem passenden Orte geschehen. Eine an einem unpassenden Orte vorgenommene Mahnung ist nichtig.

Was freilich ein passender Ort sei, läßt sich wiederum so haarscharf nicht bestimmen.

Mitunter wird man z. B. eine Mahnung auf öffentlicher Straße von diesem Gesichtspunkte aus für unwirksam erklären müssen, mitunter wieder nicht.

Denn wenn Seine Wohlgeboren der Hofschneidermeister Seine Excellenz den Herrn Staatsminister auf öffentlicher Straße an Bezahlung seiner Schneiderrechnung erinnern wollte; so wäre das jedenfalls unpassend.

Wenn dagegen ein Arbeitsmann den andern, während sie Mittags von der Arbeit gehen, auf der Straße an Rückzahlung eines Darlehns erinnerte; so wäre gegen diese Mahnung sicherlich nichts einzuwenden.

Ein Schuldner befinde sich an einem Orte, den man wohl unnennbar bezeichnen hört, obwohl er unzählige Benennungen hat, und der Gläubiger rufe ihm während dessen durch die Spalte zu: „Bezahlen Sie gefälligst Ihre Rechnung": diese Mahnung ist unwirksam, denn dieser locus war zur Anbringung derselben jedenfalls nicht oportun.

Weiter wird man es für unzulässig halten müssen, wenn ein Prediger von der Kanzel herab an die Berichtigung seiner Gebüren erinnern, oder der Gläubiger in's Schlafgemach des Schuldners vordringen wollte.

M o m m s e n hat sich in dies Erfordernis, daß die Mahnung an einem passenden Orte geschehen müsse, nicht recht zu finden gewußt. Wir sahen bereits so eben, daß er ein Beispiel, welches gar nicht hierhin gehörte, von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet hatte. Aber auch was er sonst in dieser Beziehung vorbringt, ist nicht recht klar. Er sagt S. 45:

„Wenn der Gläubiger die Interpellation an einem Orte vornimmt, wo eben wegen der Beschaffenheit des Ortes nicht erwartet werden kann, daß dem Schuldner die Mittel zur Erfüllung sogleich

zur Hand sind, z. B. auf der Straße, sei es auch die Straße des Erfüllungsorts, oder auf einem Spaziergang, so wird jedenfalls ein sofortiges Eintreten der Mora schon wegen der Beschaffenheit des Orts ausgeschlossen sein."

Allein es wäre doch denkbar, daß die Erfüllung zufolge Vereinbarung gerade auf der Straße geschehen sollte. Z. B. eine Butterfrau hält jeden Markttag auf der Straße Butter feil. Eine Käuferin hat ihr Geld vergessen. Es wird ausgemacht, daß sie es der Butterfrau nächsten Markttag mitbringen wolle. Warum sollte diese Butterfrau die Käuferin nächsten Markttag nicht in der Weise auf der Straße mahnen können, daß sie sofort Zahlung leiste?

Liegt aber die Sache so, daß der Gläubiger nicht erwarten konnte, der Schuldner werde die Mittel zur Erfüllung auf der Straße sogleich zur Hand haben; so wird es sich um Fälle handeln, wo der Schuldner laut Inhalt der Obligation nicht verpflichtet war, auf der Straße zu erfüllen. In diesen Fällen kann also nicht sowohl wegen der Beschaffenheit des Ortes, wo die Mahnung erfolgte, als vielmehr wegen der Beschaffenheit der schuldigen Leistung vom Schuldner mindestens eine Frist beansprucht werden.

War endlich die Straße zur Vornahme der Mahnung wirklich ein unpassender Ort, was unter Umständen möglich; so gewinnt der Schuldner durch solche Mahnung nicht bloß Aufschub, dieselbe ist vielmehr nichtig.

Jetzt wäre folgende Stelle zu erörtern.

Marcianus fr. 32, pr. Us. 22, 1.

> Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud judicem examinabitur.

Die Worte oportuno loco gehören zu interpellatus, nicht zu non solverit. v. Madai[1]) meint freilich, sie könnten ebensogut zu non solverit gezogen werden. Allein das geht nicht an. Denn Marcian will in unserer Stelle nicht ausführen, wie die Erfüllung beschaffen sein müsse, sondern unter welchen Voraussetzungen eine Mahnung wirksam sei.

Dies wird mit Recht von Mommsen der v. Madai'schen

---

[1]) a. a. O. S. 41, 42.

Erklärung entgegen gehalten[2]). Im übrigen kann man der Art und Weise, wie Mommsen mit dieser Stelle umgeht, keineswegs seine Zustimmung geben.

Marcian sagt in unserer Stelle: eine mora ex persona liege dann vor, wenn jemand, an einem passenden Orte gemahnt, nicht gezahlt habe, was beim Geschwornen zu prüfen sei. Das heißt mit andern Worten: eine wirksame Mahnung habe zu ihrer Voraussetzung, daß sie an einem passenden Orte erfolge; ob aber der Ort ein passender sei, habe der Geschworne zu prüfen. Daraus wird man folgern müssen: ist passender Ort eine Voraussetzung der Mahnung, so ist eine Mahnung an einem unpassenden Orte ungültig.

Dies Ergebnis hat Mommsen nicht gefallen, er sucht daher an unserer Stelle herum zu deuteln, und meint S. 45:

„Daß eine an einem locus inopportunus vorgenommene Interpellation immer vollständig unwirksam sei, läßt sich um so weniger aus dieser Stelle folgern, als dieselbe in den unmittelbar folgenden Worten (quod apud judicem examinabitur) auf das richterliche Ermessen verweist; — eine Verweisung, welche sich gewiß auch auf dieses Requisit der Interpellation bezieht."

Allein der Richter hat keineswegs, wie man hiernach annehmen müßte, eine doppelte Prüfung anzustellen: einmal ob ein locus oportunus oder inoportunus vorliege; sodann ob er im Falle eines locus inoportunus die Mahnung für gültig oder ungültig erklären solle. Der Richter hat vielmehr nur zu untersuchen: ob der Ort der Mahnung ein passender war oder nicht; und im ersteren Falle die Mahnung für wirksam, im zweiten Falle hingegen für wirkungslos zu erklären.

Auch Windscheid[3]) meint, aus unserer Stelle dürfe das Erfordernis nicht hergeleitet werden, „daß die Mahnung an einem passenden Ort geschehen müsse." Allein die Stelle spricht in dieser Beziehung nicht bloß ziemlich deutlich; der Satz wäre auch richtig, selbst wenn er durch das Corpus Juris gar nicht beglaubigt sein sollte.

Windscheid sucht dann über unsere Stelle in folgender Weise hinwegzukommen:

„Zwar sind in dieser Stelle die Worte oportuno loco nicht mit non solverit zu verbinden, sondern mit interpellatus; aber

---

[2]) a. a. O. S. 42.

[3]) Pandekten, Bd. II., § 279, Anm. 4.

ihr Sinn ist doch der, daß die Mahnung ungültig sei — nicht wenn sie an einem unpassenden Orte erfolge, sondern — wenn sie an einem unpassenden Orte Leistung verlange."

Das ist nicht bloß eine sehr gezwungene, sondern auch eine unrichtige Auslegung. Denn wenn wir den Gedanken Marcian's wortgetreu in's Auge fassen, so will dieser Rechtsgelehrte zunächst nicht angeben: wann eine Mahnung ungültig, sondern wann sie gültig sei. So wie Windscheid übersetzt, hätte die Stelle etwa lauten müssen: mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, et ex persona mora fieri non intellegitur, si interpellatus, inoportuno loco solvere, non solverit.

Die Frage, welche Windscheid im Sinne hat, ist die: ob eine Mahnung gültig sei, wenn der Gläubiger verlange, daß an einem andern Orte geleistet werde, als wo er dies fordern kann. Unsere Stelle gibt auf diese Frage keine Antwort; wir wollen uns aber jetzt mit derselben beschäftigen.

Zunächst möchte ich in dieser Beziehung darauf aufmerksam machen, daß der Ort, wo der Schuldner die Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten hat, nicht derselbe zu sein braucht, welcher ursprünglich, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, festgesetzt wurde[4]).

Das Römische Recht hatte hier für die Stipulation folgende Grundsätze aufgestellt.

Der Gläubiger kann unter Berücksichtigung des Ortsinteresse an jedem andern Orte, als worauf die Stipulation lautet, Leistung verlangen, vorausgesetzt, daß gegen den Schuldner an diesem andern Orte ein Gerichtsstand begründet ist.

Das Römische Recht war zu diesem Satze gelangt, weil der Römische Geschworene nur auf den Ort des Gerichtes, der also für die Obligation der Erfüllungsort sein mußte, verurtheilen konnte, und ohne Gegenwart des Beklagten nach alter Anschauung kein Rechtsstreit möglich war[5]). Ein Römer, der z. B. in Capua zu zahlen hatte, brauchte sich einfach dort nicht blicken zu lassen, und es fehlte dem Gläubiger jegliches Zwangsmittel[6]).

So war allerdings durch den angegebenen Satz für den Gläubiger vortrefflich gesorgt — wer stand aber dafür, daß er von seinen

---

4) Dies behauptet z. B. Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 282.

5) v. Keller, Civilproceß § 49.

6) fr. 1 de eo quod certo loco 13, 4.

Befugnissen keinen Misbrauch machte? Vielleicht hatte sich der Schuldner ganz darauf eingerichtet, die Zahlung, wie verabredet, in Capua zu leisten; mit einem Male fiel es aber dem Gläubiger ein, ihn in Rom zu verklagen.

Hier half sich das Römische Recht in der Weise, daß es dem Geschworenen die Befugnis beilegte, den Beklagten gegen cautio de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, freizusprechen [7]).

In einem andern Falle, wo freilich in der Provinz geklagt, es sich auch nur um einen stillschweigend vereinbarten Erfüllungsort handelte, und dieser Rom war — half man sich in der Weise, daß man das Urtheil in der Provinz sprechen ließ, den Kläger aber wegen der Execution nach Rom verwies [8]).

In das heutige Recht ist der Satz, daß der Richter nur auf den Ort des Gerichtes verurtheilen könne, nicht übergegangen. Daraus folgt nur nicht: daß die schuldige Leistung an keinem andern Orte, als dem einmal verabredeten, gefordert werden könne. Zwar die Willkür des Gläubigers in dieser Beziehung ist heute in so fern ausgeschlossen, als er zunächst durch die hinsichtlich des Leistungsortes getroffene Vereinbarung gebunden ist. Wenn nun aber der Schuldner zur rechten Zeit an dem verabredeten Orte keine Zahlung leistet, und der Gläubiger für den Zweck, zu welchem ihm jene Zahlung dienen sollte, anderweitige Deckung beschaffen mußte; so kann man doch dem Schuldner keineswegs ohne weiteres die Befugnis einräumen, noch nachträglich an jenem Orte die Zahlung zu offeriren, oder gar das Geld zu deponiren. Denn man kann vom Gläubiger nicht verlangen, daß er seine Anstalten, das Geld an einem vielleicht entfernten Orte entgegenzunehmen, so lange trifft, als dem Schuldner damit zu zögern belieben möchte. Und umgekehrt. Wenn ein Schuldner sich darauf eingerichtet hat, die versprochene Zahlung am verabredeten Ort zur rechten Zeit zu beschaffen, der Gläubiger aber nicht kommt; so kann ebenso wenig der Gläubiger verlangen, daß der Schuldner, so lange es ihm, dem Gläubiger, beliebt, in einem anbietenden Zustande verharre.

Näher kann ich hier auf die Sache nicht eingehen. Ich wollte nur darauf hinweisen, daß eine hinsichtlich des Leistungsortes getroffene Verabredung keineswegs nothwendig mit der Leistung selber so innig

[7]) fr. 4, § 1, eodem 13, 4.

[8]) fr. 45, § 1, de jud. 5, 1. Vgl. zu dieser Stelle Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort, S. 62—64, der sie freilich nicht ganz richtig verstanden hat.

verwachsen ist, daß sie während der Dauer der Obligation etwa nur durch eine anderweitige Vereinbarung aufgehoben werden könnte. Oder wie man dies auch ausdrücken kann: der Ort, wo der Schuldner zu leisten hat, ist nicht nothwendig derselbe, welcher ursprünglich festgesetzt wurde.

Wenn nun der Gläubiger vom Schuldner verlangt, daß er an einem andern Orte leiste, als wo er zur Leistung verpflichtet ist; so meinen Mommsen[9]) und Windscheid[10]), eine solche Mahnung sei nichtig. Ich kann den Satz nicht unbedingt für richtig halten, und will dies an ein paar Beispielen erläutern.

1. Ein Gläubiger verlangt vom Schuldner: er solle ein Haus in die Großschmiedestraße hinsetzen, während er verpflichtet ist, dasselbe am Markt zu bauen.

Die Mahnung ist nichtig; denn hier wird in der That eine ganz andere Leistung vom Schuldner begehrt.

2. Ein Rostocker verlangt von seinem Schuldner: er solle eine Summe Geldes, die dieser im Comptoire des Rostockers zu Rostock zu zahlen hat, in der Schweiz zahlen, wohin er zu reisen gedenke.

Auch diese Mahnung ist vielleicht nichtig. Aber weshalb? Liegt auch hier eine Andersforderung vor? Man kann über diesen Punkt verschiedener Ansicht sein. Ich will ihn nicht näher erörtern. Jedenfalls sind Ulpian's[11]) Worte sehr zu beherzigen: sed mihi videtur summae solutio distare a fabrica insulae.

3. Ein Hamburger hat von einem Rostocker zu fordern. Der Rostocker ist verpflichtet, das Geld nach Hamburg zu senden. Der Gläubiger will es seinem Schuldner bequem machen, und sendet ihm seinen Reisenden in's Haus, um die Zahlung in Rostock entgegenzunehmen.

Diese Mahnung ist doch gewiß nicht nichtig. Gleichwohl verlangt der Gläubiger an einem andern Orte Leistung, als wo der Schuldner zu derselben verpflichtet ist.

Worin liegt der Grund dieser Entscheidung?

Man möchte meinen: der Gläubiger fordere in der That weniger, als wozu er befugt war; das müsse aber doch jedem frei stehen.

Allein dieser Gesichtspunkt wird nicht immer ausreichen. Denn

---

[9]) a. a. O. S. 43.

[10]) Pandekten, Bd. II., § 279, S. 82.

[11]) fr. 2, § 7, de eo quod certo loco 13, 4.

ob es einem Schuldner bequemer ist, in Rostock oder Hamburg zu zahlen: hängt davon ab, wo ihm gerade Mittel zur Verfügung stehen. Nun könnte sich in unserm Falle der Rostocker gerade darauf eingerichtet haben, die Zahlung in Hamburg zu bewerkstelligen, als Zahlung in Rostock verlangt wird. Ist denn vielleicht in diesem Falle die Mahnung ungültig?

Zunächst steht soviel fest: daß der Rostocker nicht in Rostock zu zahlen braucht, sondern darauf bestehen kann, die Zahlung in Hamburg zu bewerkstelligen. Andererseits ist die Mahnung aber auch gültig.

Denn in diesem Falle muß sich der Schuldner sagen: der Gläubiger will auf alle Fälle sein Geld haben, allerdings verlangt er Zahlung in Rostock, weil er glaubt, daß es dir bequemer ist; allein sicherlich wird er das Geld nicht zurückweisen, wenn es ihm in Hamburg angeboten wird.

Dagegen im zweiten Fall steht die Sache schon bedenklicher. Hier will der Gläubiger Geld auf die Reise nachgeschickt haben, und es kann fraglich erscheinen, ob ihm an einer Zahlung an seinem Wohnort etwas gelegen ist.

4. Ein Wechselschuldner, dem die Wechselsumme nicht rechtzeitig abgefordert wird, macht von der ihm nach Art. 40 der W. O. zustehenden Befugnis Gebrauch und deponirt die Wechselsumme auf Gefahr und Kosten des Gläubigers bei Gericht. Vierzehn Tage darauf kommt der Wechselgläubiger in das Haus des Wechselschuldners und verlangt dort Zahlung. Auch hier wird also an einem andern Orte Zahlung begehrt, als wo der Schuldner zu zahlen verpflichtet ist. Denn der Schuldner kann verlangen, daß der Gläubiger das Geld, wo es deponirt ist, entgegennehme.

Ist diese Mahnung nichtig? Keineswegs. Auch in diesem Falle muß sich der Schuldner sagen: der Gläubiger will jedenfalls sein Geld haben. Er darf also nicht etwa stillschweigend die Mahnung entgegennehmen, und wenn er hernach verklagt wird, und Mahnungszinsen von ihm verlangt werden, die Mahnung für nichtig ausgeben wollen: weil von ihm Zahlung an einem andern Orte begehrt sei, als wo er zu zahlen verpflichtet gewesen. Vielmehr hat dieser Wechselschuldner, wenn sein Gläubiger nach geschehener Deposition in sein Haus kommt und Zahlung verlangt, diese Zahlung dort anzubieten, wo er zu derselben verpflichtet ist. Er muß also dem Wechselgläubiger erklären: das Geld

stehe für ihn bei Gericht deponirt, er möge nur mitkommen, und es dort entgegennehmen.[12])

So wird also auch hier einerseits die Mahnung aufrecht erhalten, obwohl an einem andern Orte Zahlung begehrt worden, als wo der Schuldner zur Zahlung verpflichtet war. Andererseits geschieht aber dem Schuldner in keiner Weise Unrecht, da der Gläubiger sich die Entgegennahme des Geldes dort, wo es deponirt worden, versteht sich nach Abzug der Kosten, gefallen lassen muß.

Und in welcher Weise anders könnte dieser Fall billigerweise erledigt werden? Es geht doch kaum an, eine solche Mahnung für nichtig zu erklären! Der Wechselgläubiger hatte es vielleicht recht gut mit dem Wechselschuldner im Sinne, weil er vierzehn Tage mit Einziehung des Geldes zögerte. Wie konnte er erwarten, daß derselbe gleich deponiren werde? Und woher konnte er wissen, daß dieses geschehen sei?

5. Ein Vermächtnisnehmer verlangt die Leistung einer vermachten Sache dort, wo der Testator sein Domicil hatte, weil er vermuthet, daß sie sich dort befinden werde. Die Sache befindet sich aber an einem ganz andern Ende der Welt: während der Vermächtnisnehmer sie in Hamburg vermuthet, ist sie vielleicht in New-York; und der Erbe auch nur verpflichtet, sie entweder in New-York anzubieten, oder den Transport auf Gefahr und Kosten des Vermächtnisnehmers zu besorgen[13]). Diese Mahnung ist gültig. Denn woher kann der Vermächtnisnehmer wissen, daß sich die Sache in New-York befinde. Der Erbe darf also eine derartige Mahnung nicht unbeachtet lassen, sondern Leistung in New-York anbieten. Wenn dieses geschehen, hat er einstweilen seine Schuldigkeit gethan und die Mahnung wirkungslos gemacht. Dann steht es wieder zum Ermessen des Vermächtnisnehmers, was dieser will: ob Leistung in New-York oder Transport auf seine Gefahr und Kosten nach Hamburg. Auf einen solchen Transport braucht sich indes der Erbe wiederum nicht eher einzulassen, als bis ihm wegen der Kosten Sicherheit geworden.

So läßt sich denn der Satz, daß eine Mahnung nichtig sei, wenn der Gläubiger vom Schuldner verlange, daß er an einem andern Orte leiste, als wo er zur Leistung verpflichtet ist, keineswegs in der Allgemeinheit, wie Mommsen und Windscheid glauben, halten. Er ist

---

[12]) Ein ähnlicher Fall wurde oben, S. 486, 487 besprochen.

[13]) Vgl. oben § 37, S. 384, 385.

nur richtig, so weit sich nicht der Schuldner sagen muß: dem Gläubiger ist jedenfalls um Erfüllung an dem Orte, wo ich dazu verpflichtet bin, zu thun; wenn er mich auch aufgefordert hat, an einem Orte die Leistung anzubieten, wo ich nicht dazu verpflichtet war.

Ich kehre jetzt zu der Stelle zurück, die uns in diesem Paragraphen theilweise schon einmal beschäftigt hat. Unmittelbar nach den oben ausgeschriebenen Worten fährt Marcian in fr. 32 pr. Us. 22, 1 so fort:

> nam ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est hujus rei definitio. divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam juris.

Darnach hatte also schon Pomponius die Wahrnehmung gemacht, daß die Begriffsbestimmung der Mora ein schwieriges Ding sei. Und Kaiser Antoninus Pius hatte rescribirt: ob eine wirksame Mora vorliege, könne weder durch Gesetz noch Untersuchung der Rechtsgelehrten entschieden werden, da es mehr eine That- als eine Rechtsfrage sei.

Marcian selber hatte diesen Begriff in der Weise festzustellen versucht, daß er, unter Verwerfung jeder mora ex re, davon ausging, es müsse an einem passenden Orte gemahnt sein. Jetzt entsteht aber die Frage: was ist passender Ort? Darauf weiß er keine ausreichende Antwort zu geben, und verweist auf das richterliche Ermessen. So weit haben wir uns mit dieser Stelle schon früher beschäftigt.

Marcian ist sich des Unvollkommenen in seiner Begriffsbestimmung sehr wohl bewußt, und gleichsam um sich zu rechtfertigen, und seine Arbeit gegen ungerechten Tadel zu schützen, citirt er zwei Aussprüche, einen von Pomponius, den andern von Kaiser Pius, aus denen sich ergibt, daß diese beiden ebenfalls schon mit unserm Begriffe ihre liebe Noth hatten.

Besonders beachtenswerth ist das Rescript des Kaisers Antoninus Pius, worin es geradezu für eine Unmöglichkeit erklärt wird: genau zu bestimmen, wann eine Mora, oder, wie wir sagen würden, wann eine wirksame Mahnung vorliege, quum sit magis facti quam juris.

Was heißt dies?

Da Marcian dadurch, daß er ihn citirt, den Ausspruch des Kaisers gleichzeitig zu dem seinigen gemacht hat, können wir wenigstens

darüber nicht in Zweifel sein, wie Marcian diese Worte verstanden hat, indem wir dies aus dem Zusammenhange der Stelle schließen.

Marcian sagt: die Mahnung müsse an einem passenden Orte geschehen. Was ist nun passender Ort? Das muß der Richter wissen. Dies haarscharf zu bestimmen, ist rein unmöglich, quum sit magis facti quam juris.

Dies bedeutet nicht etwa: die Mahnung ist mehr eine Thatsache, als ein Ding, um das sich das Recht zu kümmern hätte; diese Worte wollen vielmehr sagen: ob eine Mahnung wirksam sei, hängt zu sehr von den Umständen des einzelnen Falles ab, als daß sich hier Regeln aufstellen ließen, die überall ohne weiteres zuträfen.

Und daß dem auch heute noch so sei, daß der Ausspruch des Kaisers Antoninus Pius auch noch heute nach siebenzehnhundert Jahren in vollem Umfange Wahrheit: davon haben wir uns bereits sattsam überzeugen können, und werden hierzu im Laufe der Untersuchung noch mehr Gelegenheit haben.

So muß die Mahnung nicht bloß an einem passenden Ort erfolgen, auch die Zeit, die Person, die Form muß eine passende sein. Wo ist aber jedesmal die Grenze zwischen passend und unpassend?

Die öffentliche Straße kann in einem Falle ein passender, im andern ein unpassender Ort sein.

Ferner fanden wir, daß eine vorzeitige Mahnung im allgemeinen nichtig sei, doch durfte der Satz nicht auf die Spitze getrieben werden.

Auch sahen wir, daß ein Minderjähriger im allgemeinen zur Mahnung berechtigt sei, daß dies aber nicht in allen Beziehungen zutreffe.

Im allgemeinen kann dem mahnenden Gläubiger nicht verwehrt werden, dem Schuldner eine Frist zu bewilligen; nur darf diese Frist nicht allzu geräumig sein, weil das dem Character der Mahnung zuwider wäre. Wo ist aber die Grenzlinie zwischen geräumiger und kurzer Frist?

Es ist nicht zu leugnen, daß die Mahnung auf diese Weise, um mit Pomponius zu reden, zu einem schwierigen Begriffe wird. Das kann aber nicht gut anders sein. Denn um Härten zu vermeiden, muß auf die den einzelnen Fall begleitenden Umstände gebührende Rücksicht genommen werden. Diese Umstände sind aber so mannigfaltiger Natur, daß es ganz unmöglich ist, sie durch erschöpfende Rechtsregeln vollständig zu erfassen.

Diese Unerfaßbarkeit der Mahnung durch haarscharfe Rechtsregeln ist bisher in der nachrömischen Literatur viel zu wenig zum Ausdruck gelangt. Ganz im Gegensatz zu den obigen Aussprüchen des Pomponius, Antoninus Pius und Marcian hat man die Mahnung viel zu steif und hölzern behandelt, als ob es die formellste Formalhandlung wäre.

Und während nach dieser Richtung hin unsere Stelle ihr Recht nicht bekommen hat, ist in anderer Beziehung viel Misbrauch damit getrieben worden.

Man hat daraus herleiten wollen: als ob die ganze Lehre von der Mora ein höchst unbestimmtes und schwankendes Gepräge an sich trage; nur zu oft hat unsere Stelle die Brücke bilden müssen, mittelst der man über unbequeme Stellen wegzukommen suchte.

Allein die Stelle handelt doch nur von den Voraussetzungen der Mahnung. Aber in dieser Beziehung könnte vielleicht die Theorie die Hände in den Schooß legen, und alles dem richterlichen Ermessen anheimstellen?

Nicht einmal das wäre der Ansicht Marcian's entsprechend. Derselbe sagt gar nicht: wann eine wirksame Mahnung vorliege, hänge ganz vom richterlichen Ermessen ab. Vielmehr stellt er für eine wirksame Mahnung mit großer Bestimmtheit das Erfordernis auf, daß sie an einem passenden Orte vorgenommen werde; und nur das will er dem richterlichen Ermessen anheimgeben, was im einzelnen Falle ein passender Platz sei.

Damit ist zugleich angedeutet: welche Stellung die Theorie diesem Begriffe gegenüber einzunehmen hat. Zwar muß sie darauf verzichten, denselben durch haarscharfe Rechtsregeln erschöpfen zu wollen. Andererseits lassen sich aber doch Anhaltspunkte auffinden, die vielleicht das richterliche Ermessen nicht ganz ausschließen, die vielleicht nicht einmal immer, sondern nur im allgemeinen zutreffen; deren Werth aber gerade darin besteht, daß es eben Anhaltspunkte sind.

§ 55.

Inhalt der Mahnung in gegenstandlicher Beziehung.

Nach zwei Richtungen haben wir uns in den beiden vorigen Paragraphen mit dem Inhalt der Mahnung bereits beschäftigt. Wir sahen, daß über die Gültigkeit der Mahnung kein Zweifel entstehen

könne, wenn dieselbe in zeitlicher und örtlicher Beziehung dem Inhalte der schuldigen Leistung entspräche. Es handelte sich nur darum, festzustellen: was von einer Mahnung zu halten sei, die hier Abweichungen darbiete.

So werden wir denn auch über die Gültigkeit einer Mahnung keine Bedenken haben wollen, die vom Schuldner genau den Gegenstand begehrt, welchen er wirklich schuldet. Wie steht es aber mit den Abweichungen in gegenstandlicher Beziehung? Dieselben kommen in dreierlei Weise vor, nämlich als: Andersforderung, Mehrforderung, Wenigerforderung; und sollen uns in dieser Reihenfolge jetzt näher beschäftigen.

I. Andersforderung.

Windscheid[1]) hält eine Mahnung für ungültig, „wenn sie von dem Schuldner etwas Anderes verlangt, als derselbe zu leisten verpflichtet ist".

Das ist in gegenstandlicher Beziehung im allgemeinen richtig. Wenn z. B. jemand Brod fordert, dem Steine geschuldet werden, so ist das eine ungültige Mahnung.

Ein Landmann hatte von einem Nachbarn sich eine Starke angehandelt, von einem andern zwölf Flaschen Champagner in einer Wette gewonnen. Er schreibt zwei Briefe. In dem einen bittet er sich die Starke, in dem andern die zwölf Flaschen Champagner aus. Beim Adressiren versieht er sich aber, so daß der Mahnbrief, welcher sich auf den Champagner bezieht, an den Schuldner, welcher die Starke schuldet, gelangt, und umgekehrt.

Ein Rostocker will an seinen Berliner Banquier wegen Schlesischer Zinkactien telegraphiren. Der Rostocker Telegraphist verwandelt die Zinkactien in Zankactien, und der Berliner Telegraphist macht aus den Zankactien Bankactien. Schlesische Bankactien sind aber etwas wesentlich anderes als Schlesische Zinkactien.

In allen diesen Fällen ist die Mahnung nichtig. Denn wenn auch der Schuldner den Grund des Versehens ahnen mag: auf's Rathen braucht er sich nicht zu legen.

Wie verhält es sich aber mit der alternativen Obligation, wo der Schuldner das Wahlrecht hat, wenn der Gläubiger dieses Wahlrecht

---

[1]) Pandekten, Bd. II., § 279, S. 81, 82.

bei seiner Mahnung nicht berücksichtigt, sondern dieselbe auf einen der alternativ geschuldeten Gegenstände richtet?

Ein Weinhändler, der die Weinflaschen das Stück mit zwei Schilling in Rechnung gesetzt hat, läßt sich die leeren Weinflaschen ausbitten. Ein Bierbrauer, der die Gebinde mit in Rechnung gestellt, fordert die leeren Gebinde zurück.

In beiden Fällen hat der Schuldner, weil ihm Flaschen, beziehungsweise Gebinde mit in Rechnung gestellt wurden, die Wahl: ob er sie zurückgeben oder den angesetzten Preis dafür bezahlen will. Wenn nun aber Weinhändler und Bierbrauer sich darauf beschränken, die Flaschen bezw. die leeren Gebinde zurückzufordern, so nehmen sie ja bei ihrer Mahnung auf das Wahlrecht des Schuldners keine Rücksicht. Gleichwohl sind diese Mahnungen entschieden gültig. Denn das muß der Schuldner als etwas Selbstverständliches voraussetzen, daß der Gläubiger den angesetzten Preis noch lieber entgegennimmt, als die Gefäße selber.

Man kann indes zweifelhaft sein, ob hier wirklich alternative Obligationen vorliegen, und dem zufolge obige Mahnungen sich als Andersforderung darstellen. Vielleicht haben wir es in beiden Fällen nur mit einer facultas alternativa des Schuldners zu thun.

Eine facultas alternativa ist jedenfalls dann vorhanden, wenn es Absicht der Contrahenten war, daß der Schuldner für zufälligen Untergang der Weinflaschen, bezw. Gebinde nicht aufzukommen habe; denn bei einer wirklich alternativen Obligation trägt der Schuldner in dieser Beziehung den Zufall.

Ein Beispiel, wo wir es jedenfalls mit einer facultas alternativa zu thun haben, wäre ferner folgendes. Ein Collationspflichtiger hat die Wahl, ob er in Natur conferiren, oder sich den Werth des Collationsgegenstandes auf seinen Erbtheil anrechnen lassen will. Dies darf man indes nicht als eine alternative Obligation auffassen, da der Collationspflichtige durch zufälligen Untergang von seiner Verbindlichkeit ganz und gar befreit wird [2]). Eine lediglich auf Conferiren in natura gerichtete Mahnung ist demnach zweifellos gültig.

Dieser Fall verdient noch in anderer Weise Beachtung. Die Erbschaftsantretung erhebt nämlich auch heutzutage die Collationspflicht nicht zu einer sofort klagbaren [3]). „Die Folge ihrer Nichterfüllung ist

---

[2]) Vgl. Fein, das Recht der Collation, S. 300.

[3]) Fein, a. a. O. S. 295.

nur die, daß der Collationspflichtige seinen Erbtheil an die Collationsberechtigten verliert"[4]). Der betreffende Erbe hat also genau genommen die Wahl: ob er conferiren, oder seinen Erbtheil einbüßen will. Gleichwohl hat es kein Bedenken: eine Mahnung dahin „Erbe möge conferiren" für wirksam zu erklären. Denn eine Mahnung solcher Art läßt nur folgende Deutung zu: Erbe möge sich entscheiden, ob er conferiren wolle, oder nicht; entscheide er sich für Collation, in dieser Beziehung aber, möglichst bald, das Nöthige vornehmen. Genau betrachtet handelt es sich hier also zunächst um eine Vorverpflichtung. Und wenn der Erbe sich weder für das Eine noch das Andere entscheidet, liegt Nichtbeachtung einer Mahnung vor. Gesetzt also, diese Entscheidung ließe ein Jahr auf sich warten, so würde der Erbe selbst dann für allen Schaden aufzukommen haben, wenn er hinterdrein von der Collation Abstand nehmen würde. Dabei wird freilich vorausgesetzt, daß dem Erben kein Fristanspruch zur Seite stand; was in dergleichen Fällen allerdings leicht vorkommen kann. Zu demselben Ergebnis, obgleich auf einem andern Wege, gelangt auch Fein[5]).

Hier wäre ferner der Ort, auf folgende Stelle näher einzugehen. fr. 122, § 5, V. O. 45, 1. — Scaevola.

> Seja heres unius tutoris, cum herede pupillae transactione pacto solo facta, majorem partem solvit, residuam cavit: sed ilico negavit heres se transactionem servare et apud judicem tutelae egit et victus provocavit ad competentem judicem et ab eo quoque ad principem idem provocavit et injusta haec quoque provocatio ejus pronuntiata est. quaesitum est, cum per heredem pupillae mora intercesserit, quo minus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur nec umquam petierit, an ei hodie debeantur usurae ab herede tutoris. respondit, si Seja non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, jure usuras non deberi.

Was den Text anbetrifft, so muß hinter „sed ilico negavit heres" eingeschaltet werden: pupillae. Der Ausdruck heres allein ist zu unbestimmt, da zwei Erben, ein Vormundserbe und ein Mündelerbe, mit einander streiten.

---

[4]) Windscheid, Pandekten, Bd. III., S. 238.

[5]) a. a. O. S. 112, 113.

Der Fall ist dieser.

Der Vormundserbe hat mit dem Mündelerben über das von ihm als Mündelvermögen Herauszugebende ein Vergleichspactum abgeschlossen, von dem, was er hiernach zu zahlen hatte, den größeren Theil berichtigt; und wegen des Restes in Stipulationsform ein bündiges Versprechen abgegeben.

Die Fassung der Stipulation können wir uns ungefähr so denken: cum de tutela transegimus, pecuniam quam non solvisti residuam spondesne mihi dare? Das wäre angesichts von fr. 75, § 6, V. O. 45, 1 eine incerte Stipulation. Und eine incerte Stipulation müssen wir jedenfalls zu Grunde legen, da im weitern Verlauf der Stelle die Möglichkeit angenommen wird, daß sich dieser Stipulation Mahnungszinsen anhängen könnten. Von einer incerten Stipulation versteht diese Stelle auch Mommsen[6]. Glück[7]) meint sogar:

„Es muß hier nach der Natur des Geschäfts ein solcher Fall angenommen werden, da der Schuldner versprochen, Zinsen von der Zeit an zu bezahlen, da er in mora zu sein anfangen würde."

Allein eine derartige Annahme ist nicht bloß völlig willkürlich, sondern auch gänzlich unnöthig.

Gleich darauf, nachdem das betreffende Versprechen in Stipulationsform abgegeben war, wird dem Mündelerben die Sache leid. Er sucht die Vereinbarung wieder umzustoßen, indem er mittelst der actio tutelae auf Rechnungsablegung dringt, wird aber in allen Instanzen mit seiner Klage abgewiesen.

Jetzt wird die Frage aufgeworfen: ob der Vormundserbe Zinsen zu vergüten habe? Und zwar liegt der Fall näher so, daß der Vormundserbe das Geld, welches er aus der Stipulation schuldete, angeboten, der Mündelerbe aber dessen Annahme verweigert und auch nie gemahnt hat, „nec umquam petierit". Diese Worte „nec umquam petierit" interessiren uns hier zumeist. Denn daraus ergibt sich, daß Scävola die Klage des Mündelerben auf Rechnungsablegung, weil sie eine Andersforderung enthielt, nicht als Mahnung in Bezug auf den aus der Stipulation geschuldeten Betrag auffaßte.

Die Stelle ist aber auch noch in anderer Beziehung bemerkenswerth.

---

[6]) a. a. O. S. 240, Anm. 10.

[7]) Erläuterungen, Bd. 4, S. 419, Anm. 67.

Unter den Zinsen wird man kaum etwas anderes, als Mahnungszinsen, verstehen können. Denn da der Anspruch aus der geführten Vormundschaft durch Vergleich beseitigt war, sind wir allein auf die incerte Stipulation angewiesen, und die einzigen gedenkbaren gesetzlichen Zinsen wären hier die Mahnungszinsen.

Die Entscheidung des Scävola hinsichtlich dieses Zinsenanspruches lautet: „si Seja non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, jure usuras non deberi.“ Hier wirft sich die Frage auf: was wir unter dem cessare zu verstehen haben. Cessare kommt für die technische Mora vor [8]); und da Mahnungszinsen hier die einzigen gedenkbaren Zinsen sind, so müssen wir es auch in dieser Bedeutung nehmen. Unter dieser Voraussetzung ist der Sinn der vorliegenden Entscheidung dieser: Zinsen werden dann nicht geschuldet, wenn der Vormundserbe eine auf Zahlung des aus der Stipulation geschuldeten Betrags gerichtete Mahnung nicht unbeachtet ließ. Und zwar genügt es schon, wenn der Vormundserbe das Geld nur anbot; denn Annehmen ist Sache des Gläubigers. Ein Schuldner, der eine Zahlung anbietet, thut alles, was ihm zu thun obliegt.

So wie der Fall vorgetragen wird, hatte der Vormundserbe aber eine auf den von ihm geschuldeten Betrag gerichtete Mahnung gar nicht einmal abgewartet, sondern diesen Betrag aus freien Stücken angeboten: er hatte also schon mehr gethan, als an sich nöthig gewesen wäre.

Windscheid [9]) bemerkt mit Recht, worauf ich noch zurückkommen werde [10]): daß eine Oblation regelmäßig nicht ausreiche, um einen Zinsenlauf, der einmal begonnen hat, zu hemmen; daß hier vielmehr zur Oblation Deposition hinzukommen müsse. Anders verhält es sich aber, wie uns diese Stelle lehrt, hinsichtlich der Frage: wodurch das Entstehen einer Mahnungszinsenverbindlichkeit abgewandt werde. Hierzu genügt die Oblation.

Dies ergibt sich auch auf folgende Weise. Das Recht hat nur an die Mahnung nachtheilige Wirkungen geknüpft, welche der Schuldner nicht beachtet. Da nun ein Schuldner, von dem Zahlung begehrt wird, alles thut, was von ihm verlangt werden kann, wenn er anbietet;

---

[8]) Vgl. fr. 72, § 1, Sol. 46, 3; fr. 47 de usu., 22, 1; und dazu Bd. I., S. 1.

[9]) Pandekten, Bd. II., § 346, Anm. 7.

[10]) Vgl. unten § 61, Anm. 18.

so können einen solchen Schuldner unmöglich Nachtheile treffen. Er braucht mithin nicht zu deponiren.

Es besteht also zwischen dieser Entscheidung des Scävola und der von Ulpian in fr. 28, § 1, de adm. tut. 26, 7, getroffenen durchaus kein Widerspruch, wie dies Windscheid a. a. O. anzunehmen scheint.

Ich wende mich jetzt zur

II. Mehrforderung.

Mommsen, S. 41, behauptet:

„Hat aber der Gläubiger seine Interpellation auf mehr, als den Betrag der Schuld gerichtet, so wird dieselbe als unwirksam betrachtet, und gilt nicht einmal für den wirklichen Betrag der Schuld."

Mommsen muß sich seiner Sache sehr sicher geglaubt haben, denn er hält es nicht einmal der Mühe für werth, diesen Satz näher zu begründen. Derselbe ist aber grundfalsch.

Weshalb soll denn eine solche Mahnung nichtig sein? Mich dünkt eine auf Mehr gerichtete Forderung begreift nothwendiger Weise auch das Wenigere, das wirklich geschuldet wird.

Hat Mommsen vielleicht gemeint: ein Gläubiger, der mehr fordere, würde ein auf weniger gerichtetes Anbieten des Schuldners auf alle Fälle zurückweisen, so daß dies eine ganz überflüssige Handlung wäre? Das kann doch wohl kaum seine Ansicht gewesen sein.

Die Mahnung beziehe sich auf einen Betrag, der sich als Rechnungssaldo eines Conto-Corrente-Verhältnisses ergeben hat. Der Gläubiger fordere als solchen Betrag 433 Thlr. 16 Schill. Nun hat er sich aber verrechnet, wie das bei verwickelten Conto-Corrente-Verhältnissen auch den gewiegtesten Buchhaltern begegnet: er hat in Wirklichkeit nur 403 Thlr. 12 Schill. zu fordern. Ist diese Mahnung nichtig? Keineswegs.

Eine derartige Mahnung ist vielmehr so zu interpretiren: vorausgesetzt, daß die Rechnung richtig, sonst soll die Mahnung auf den richtigen Betrag gehen.

Solche Rechnungssaldo's pflegen ja auch die sichernde Clausel zu enthalten „Irrthum vorbehalten" oder „S. E. & O." (salvo errore et omissione). Umsomehr ist also auch eine Mahnung in dieser Weise zu verstehen.

Ein Handwerker hat sich auf der übersandten Rechnung verrechnet. Statt 97 Thlr. 44 ßl., wie er zusammengezählt, hat er nur 95 Thlr.

43 Schill. zu fordern. Jetzt bittet er sich in einem Mahnbriefe die geschuldeten 97 Thlr. 44 ßl. aus. Offenbar will der Mann nicht mehr haben, als er zu fordern hat; und wird sich mit den 95 Thlr. 43 Schill. begnügen, sobald ihm sein Irrthum nachgewiesen wird. Diese Mahnung ist nicht nichtig, sondern in Bezug auf die wirklich geschuldeten 95 Thlr. 43 Schill. vollkommen gültig.

Ein Vermächtnisnehmer bittet sich vom Erben die vermachten 100 Thlr. aus. Er ist über den Betrag im Irrthum; ihm werden nur 50 Thlr. geschuldet. Diese Mahnung ist in Bezug auf 50 Thlr. vollkommen gültig.

Oder der Erbe ist zum Abzug des Falcidischen Viertels berechtigt, und hat in Folge dessen nur 75 Thlr. zu zahlen. Hier ist die Mahnung auf 75 Thlr. gültig. Denn woher konnte der Gläubiger wissen, ob und in welchem Betrage es auf Grund des Falcidischen Gesetzes zu einem Abzuge kommen werde.

Wir hatten bisher Fälle im Auge, wo der Gläubiger dem Anscheine nach leicht davon zu überzeugen sein wird, daß er mehr gefordert hat, als ihm zukommt. Aber gesetzt, der Gläubiger würde von seiner Mehrforderung nicht überzeugt; auch in diesem Falle vermag ich keinen Grund ausfindig zu machen, weshalb die Mahnung nicht in Bezug auf den wirklich geschuldeten Betrag gültig sein soll.

Also der Gläubiger behauptet, eine Forderung von 250 zu haben, der Schuldner bekennt sich schuldig auf 200. Der Gläubiger kann den Schuldner und der Schuldner den Gläubiger nicht überzeugen. Diese Mahnung ist gültig in Bezug auf den wirklich geschuldeten Betrag: also auf 200, wenn der Schuldner Recht hatte, auf 225, wenn die Schuld so viel betrug, u. s. w.

Denn wenn auch der Gläubiger eine Forderung von 250 zu haben behauptet, und es dem Schuldner nicht gelingt, dem Gläubiger die Ueberzeugung beizubringen, daß seine Schuld in Wirklichkeit nur 200 betrage: was hindert denn den Schuldner daran, die 200, die schuldig zu sein er nicht leugnen kann, als Abschlagszahlung anzubieten? Es wäre doch ein entsetzlicher Zustand, wenn es bei jeder noch so geringfügigen Zuvielforderung jedem Schuldner freistände, die Mahnung auch in Bezug auf den Betrag, den er anerkennen muß, unbeachtet zu lassen!

Es ist ein unbestrittener Satz des heutigen Rechts, daß eine Klage durch Zuvielforderung nicht hinfällig wird. Wenn der Gläubiger

in der Klage mehr gefordert hat, als ihm zukommt, so wird er nicht mit seiner Klage gänzlich, sondern nur in Bezug auf das Zuviel=geforderte abgewiesen. In das Weniger, welches wirklich geschuldet, wird der Schuldner verurtheilt; und es steht dem Gläubiger frei, wegen dieses Weniger gegen den Schuldner den Civilzwang in Anspruch zu nehmen.

Nun denke man sich folgenden Zustand. Soweit es sich um Anwendung des Civilzwanges handelt, schadet eine Mehrforderung dem Gläubiger nicht. Der Gläubiger ist berechtigt in Bezug auf das wirklich geschuldete Weniger den Civilzwang in Anspruch zu nehmen. Andererseits soll aber der Schuldner berechtigt sein, eine Mahnung wegen Zuvielforderung gänzlich unbeachtet zu lassen. Wie reimt sich das eigentlich zusammen?

A und B treten vor Gericht auf. A verlangt 250. B räumt ein, 200 schuldig zu sein. Wegen der streitigen 50 geht der Rechtsstreit seinen Gang. In Bezug auf die 200 nimmt der Gläubiger den Civilzwang in Anspruch. Also Execution bekäme der Schuldner zwar schon, aber die Nachtheile der Mahnung träfen ihn nicht!

Trotz der großen Sicherheit, mit der Mommsen hier auftritt, muß ich demnach den Satz, daß eine Mahnung wegen Zuvielforderung nichtig sei, durchaus verwerfen. Wenn der Gläubiger auch mehr fordert, als ihm wirklich geschuldet wird; so enthält dies Mehr doch auch das wirklich geschuldete Weniger, und soweit ist die Mahnung vollkommen gültig.

Da möchte denn aber doch der Schuldner in ganz eigenthümliche Lagen kommen können. Man setze: er sei bereit, dem Gläubiger die 200, die er schuldig zu sein glaubt, zu zahlen. Der Gläubiger will sich aber diese Theilzahlung nicht gefallen lassen. Was wäre nun die Folge? Der Gläubiger braucht die 200 nicht anzunehmen, kann aber in Bezug auf 250 Mahnungszinsen beanspruchen.

Allein der Satz, daß der Gläubiger keine Theilzahlung anzunehmen brauche, ist keineswegs in der Allgemeinheit richtig, wie er gewöhnlich z. B. auch von Mommsen[11]) und Windscheid[12]) gelehrt wird.

In Betracht kommt hier vornämlich folgende Stelle.

---

[11]) a. a. O. S. 148.

[12]) Pandekten, Bd. II., § 342, Anm. 20.

fr. 21 R. C. 12, 1. — Julianus libro quadragensimo octavo digestorum.

Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.

Julian berichtet uns hier: einzelne Römische Rechtsgelehrte seien der Ansicht gewesen, ein Gläubiger, der zehn fordere, könne nicht gezwungen werden, fünf anzunehmen, und den Rest im Wege eines judicium zu verfolgen. Er dagegen halte es für billiger, wenn in solchem Falle der Prätor den Kläger zwinge, das Angebotene anzunehmen, da es ihm obliege, die Processe zu mindern.

Zunächst müssen wir das Gebiet der Streitfrage gehörig abgrenzen. Wie haben wir uns das Verhalten des Schuldners zu denken: räumt er die ganze Forderung ein, oder bestreitet er sie theilweise?

Offenbar bestreitet der Schuldner die Forderung zur Hälfte. Denn wenn er die Forderung des Gläubigers in ihrem ganzen Umfange anerkannte, und etwa aus Geldmangel statt 10 nur 5 anböte: so könnte ja gar nicht von einem judicio persequi die Rede sein. Denn einem confessus gegenüber kam es gar nicht zur Anordnung eines judicium [13]). Und einem confessus gegenüber würde der Grund des Julian gar nicht passen, daß es Pflicht des Prätors sei, auf die Verminderung der Processe Bedacht zu nehmen.

Die Ansicht Julian's können wir demnach auch so wieder geben. Wenn Gläubiger und Schuldner über den Umfang der Forderung streiten, so ist der Schuldner berechtigt, den nichtstreitigen Theil dem Gläubiger anzubieten, zu dessen Annahme der Prätor den Gläubiger zu zwingen hat.

Auf welche Weise mag dieser Zwang vom Prätor ausgeübt sein? Er konnte den Gläubiger doch nicht etwa executivisch zur Annahme anhalten.

Dieser Zwang wurde dadurch vollführt, daß der Prätor den

---

[13]) Paull. R. S. V. 5 A., § 2; fr. 1 de conf. 42, 2; c. un. eodem C. 7, 59. Vgl. v. Keller, Civilproceß, § 63.

Kläger zum minus intendere nöthigte[14]). Wenn der Kläger eine Formel haben wollte: si paret decem dare oportere; so versagte der Prätor dieselbe und gewährte nur eine Formel: si paret quinque dare oportere.

Jetzt wäre noch anzugeben, in welchem Umfange wir die Oblation des nichtstreitigen Theiles einer Forderung zulassen wollen. Etwa bloß wenn sie vor Gericht geschieht? Es wäre wahrlich nicht einzusehen, warum die Atmosphäre der Gerichtsstube hier irgendwie von Einfluß sein sollte.

So haben wir denn folgenden Satz gefunden. Sind Gläubiger und Schuldner sich über den Betrag der Forderung uneins, so ist es eine gültige Oblation, wenn der Schuldner den nichtstreitigen Theil der Forderung anbietet.

Gewöhnlich wird hier fr. 41, § 1, Us. 22, 1 in den Vordergrund gestellt. Die Stelle rührt von Modestin her. Es ist möglich, daß dieser Rechtsgelehrte anderer Ansicht, als Julian war. Es ist aber auch möglich, ja sogar wahrscheinlich, daß Modestin einen ganz andern Fall vor Augen hatte, als Julian. Denn Modestin spricht von einem zinstragenden Posten. In solchen Fällen pflegt jedoch über den Betrag der Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner kein Streit zu sein. Wenn aber der Betrag der Forderung durchaus feststeht, dann allerdings braucht sich der Gläubiger keine Theilzahlung gefallen zu lassen. Es hat z. B. jemand 100 auf halbjährliche Kündigung zinstragend ausgeliehen. Als der Schuldner nach Ablauf des ersten Halbjahres die halbjährlichen Zinsen bringt, will er auch gleichzeitig einen Thaler vom Capital abtragen, weil ihm ein allmälicher Capitalabtrag leichter würde, als wenn er es nachher auf einem Brette zurückzahlen sollte. Das braucht der Gläubiger nicht anzunehmen. Hier kann der Gläubiger sagen: entweder das ganze Capital oder gar keins. Auf ein allmäliges Amortisiren, das noch dazu eine minutiöse Zinsberechnung im Gefolge hätte, braucht er nicht einzugehen.

Im ungünstigsten Falle hätten wir einen Widerspruch zwischen Julian und Modestin anzunehmen. Dann verdiente diejenige Ansicht den Vorzug, welcher die größere Verständigkeit inne wohnte; das ist aber entschieden die Ansicht Julian's.

So findet also der Satz, daß eine Mahnung troß Zuvielforde-

---

[14]) v. Keller, Röm. Civilproceß, § 44.

rung in Bezug auf den wirklich geschuldeten Betrag wirksam sei, seinen Regulator in dem andern Satze, daß bei streitigen Forderungen der Schuldner berechtigt ist, den nichtstreitigen Theil dem Gläubiger anzubieten.

Wenn also ein Gläubiger 250 fordert, der Schuldner aber nur 200 schuldig zu sein glaubt, so mag er diese 200 anbieten. Mag dann der Gläubiger diese 200 annehmen oder nicht: jedenfalls ist durch dies Anerbieten in Bezug auf diese 200 die Mahnung wirkungslos geworden.

Wenn es aber wahr ist, daß dem Gläubiger eine Mehrforderung nichts schade, es vielmehr auf den wirklich geschuldeten Betrag ankomme; so möchte man es vielleicht überhaupt für überflüssig halten wollen, daß der mahnende Gläubiger irgend welchen Betrag angebe.

Allein das wäre wieder zu weit gegangen. Denn der gemahnte Schuldner muß doch wenigstens im allgemeinen wissen, was der Gläubiger verlangt.

Mommsen sagt in dieser Beziehung S. 42:

„Sofern der Debitor nicht etwa mit dem Betrage der Schuld unbekannt ist, genügt es, wenn die Obligation, auf welche die Interpellation sich bezieht, in der Weise bezeichnet wird, daß der Schuldner weiß, welche Obligation gemeint ist."

Dadurch erhält die Sache freilich wieder eine zu enge Fassung. Denn es muß doch ausreichen, wenn der Schuldner nur weiß, was der Gläubiger haben will, sollte dies auch mehr als der wirkliche Betrag der Schuld sein.

Ferner kann der mahnende Gläubiger die Angabe des Betrags unbedenklich in allen den Fällen unterlassen, wo der Schuldner allein die Mittel in Händen hat, die zur Ermittelung des Betrags nothwendig sind. Z. B. ein Correspondentrheder wird angegangen, die Dividende zu vertheilen. Wenn derselbe nicht weiß, wie groß dieselbe ist, so kann er dem selber abhelfen: er braucht ja nur die Rechnung aufzumachen, um dies zu erfahren. Hierzu kann er vielleicht eine Frist beanspruchen, die Mahnung ist aber gültig.

Endlich kann es vorkommen, daß ein Schuldnet sich mit einer Mahnung ohne Betragsangabe einverstanden erklärt. Er verspricht z. B. einem so mahnenden Gläubiger, daß er morgen vorkommen und die Sache abmachen werde. Hier liegt eine gültige Mahnung mit eintägiger Fristbewilligung vor.

Jetzt mag noch an ein paar Entscheidungen aus Seuffert's Archiv gezeigt werden: wie wenig der Satz Mommsen's, daß eine Mahnung wegen Mehrforderung ungültig sei, den wirklichen Bedürfnissen des Lebens entspricht.

Seuffert's Archiv XIII., Nr. 12:

„Aus den Motiven eines Erkenntnisses des O. A. G. zu Lübeck vom 28. Februar 1848: die Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung von Zinsen rechtfertigt sich aus dem Grunde der mora, obgleich es nach dem jetzigen Berichte der Experten feststeht, daß die Rechnung des Klägers zu hoch war, er also zu viel gefordert hatte, und obgleich die genaue Feststellung des richtigen Betrages derselben erst am Schlusse der gegenwärtigen Verhandlungen durch jenen Bericht erfolgt ist."

Ebendaselbst XVII., Nr. 219:

Hier heißt es in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Dresden:

„Eine Anfangs vorhandene processualische Ungewißheit über den Umfang der dem verklagten Theile obliegenden Leistung kann nicht behindern, der erst im Laufe des Processes erfolgten Feststellung des Schuldbetrags eine rückwirkende Kraft in dem Maße einzuräumen, um den Beklagten hinsichtlich desjenigen Quanti, in dessen Zahlung er schließlich verurtheilt wird, als schon früher zahlungspflichtig zu betrachten und daher auch die rechtlichen Folgen der Säumniß von diesem frühern, je nach Verschiedenheit der im einzelnen Falle vorliegenden thatsächlichen Momente verschieden festzustellenden Zeitpunkte gegen ihn eintreten zu lassen.

Es liegt dies in der Natur der Sache und es würde das Gegentheil zu den augenfälligsten Unzuträglichkeiten und einer nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung des Forderungsberechtigten führen."

Ebendaselbst XXII., Nr. 122.

Urtheil des A. G. zu Celle:

„Nur durch besondere Umstände kann diese regelmäßige Wirkung der geschehenen Mahnung ausgeschlossen werden und dergleichen sind, als im vorliegenden Falle obwaltend, nicht anzunehmen. Nach der Natur des abgeschlossenen Versicherungsvertrags mußte eine Liquidation der aus demselben dem Versicherten im einzelnen Falle erwachsenen Ansprüche unter allen Umständen erfolgen, und eine Verzögerung ihrer Befriedigung Seitens des Versicherers im Allgemeinen kann als eine gerechtfertigte oder genügend entschuldbare, wenn der Erfolg der geschehenen Liquidation gegen ihn entscheidet, bloß deshalb, weil die Liquidation im gerichtlichen Wege erfolgte, nicht angesehen werden,

sofern nur der Versicherte nicht unterlassen hat, genügende Nachweisungen, die ihm zu Gebote standen, dem Versicherer vorher zu liefern.

Ebendaselbst XX., Nr. 113:

Erkenntnis des O. A. G. zu Wolfenbüttel:

„Nicht unbedingt wird der Schuldner durch Klagerhebung oder Klaginsinuation in eine zur Zinszahlung verpflichtende mora versetzt, namentlich ist dies dann nicht der Fall, wenn die Forderung an sich zweifelhaft oder ihrem Umfange nach ungewiß illiquide ist.

— — — — — — — — — — — — — — — — —

Nun waren aber die Beklagten durch den Kläger selber außer Stand gesetzt, ohne weiteres aus der Klage den wahren Betrag ihrer Schuld kennen zu lernen, indem durch die gelieferte mangelhafte Arbeit der verabredete Preis und der Werth derselben in Ungewißheit gebracht war. Beklagte waren befugt, hierüber Ermittelungen anzustellen, und wenn sie selbst zu solchen nicht die nöthigen technischen Kenntnisse besaßen, die Erfahrungen und Kenntnisse Anderer hierüber zu Rathe zu ziehen. Es kann den Beklagten keine schuldbare Verzögerung zur Last gelegt werden, wenn sie innerhalb der zu jener Ermittelung erforderlichen Zeit dem Kläger, auch nach zugestellter Klage nicht sofort Zahlung leisteten. Daß diese Zeit der Ermittelung von dem Beklagten unverhältnismäßig ausgedehnt sei, ist von dem Kläger nicht behauptet, auch den Umständen nach nicht anzunehmen."

In dem ersten Erkenntnisse wird also ausdrücklich gesagt, daß eine Zuvielforderung nicht schade; und dasselbe ergibt sich aus dem zweiten und dritten Erkenntnis, da hiernach eine anfangs vorhandene processualische Ungewißheit über den Umfang der Leistung der Wirksamkeit der Mahnung nicht entgegenstehen soll. Das letzte Erkenntnis scheint, wenn wir bloß den ersten Satz in Betracht ziehen, mit den drei andern nicht in Einklang zu stehen. Aber dies scheint auch nur so. Allerdings wird hier der Satz an die Spitze gestellt, daß bei zweifelhaften oder ihrem Umfange nach ungewissen Forderungen eine Mahnung unwirksam sei. In der Entscheidung selber wird aber nur ausgeführt: daß der Schuldner hier unter Umständen Anspruch auf Frist habe, die indes nicht unverhältnismäßig ausgedehnt werden dürfe. Wenn aber der Schuldner einer Mahnung gegenüber nur Anspruch auf Frist hat, so ist sie ja gültig.

Was dann diesen Fristanspruch anbetrifft, so ist er allerdings in Fällen, wie der vorliegende, begründet. Es handelt sich um eine gelieferte Arbeit, für die kein Preis verabredet, oder was dasselbe sagen

will, für die der ursprünglich verabredete Preis wegen Mangelhaftigkeit der Arbeit hinfällig geworden war. Wenn in solchen Fällen vom Gläubiger ein Preis gefordert wird, so muß dem Schuldner Zeit gelassen werden, zu prüfen, ob der geforderte Preis wohl der Billigkeit entspräche; und wenn ihm selbst hierzu die nöthigen Kenntnisse fehlen, so muß ihm die Zuziehung von Sachverständigen gestattet sein. Denn eher kann man billigerweise von ihm nicht verlangen, daß er einen Preis anbiete. Der Schuldner ist hier zunächst nur zu einer Vorhandlung verpflichtet, und diese Vorhandlung ist eben die Prüfung der Arbeit.

Nachdem Mommsen auf S. 41 den bisher bekämpften Satz aufgestellt hat, fährt er unmittelbar so fort:

„Demgemäß muß der Gläubiger, wenn der Schuldner wegen Gegenforderungen ein Retentionsrecht an dem Gegenstande der Obligation hat, den Betrag dieser Forderungen bei der Interpellation anbieten; ebenso muß in den Fällen, in welchen nur gegen eine Cautionsleistung gezahlt zu werden braucht, mit der Interpellation das Erbieten zur Cautionsleistung verbunden sein. Bei gegenseitigen Obligationen setzt die Wirksamkeit der Interpellation voraus, daß die Gegenleistung zugleich offerirt werde, in so fern dieselbe nicht etwa zur Leistung in dem Verhältniß einer Nachleistung steht."

Alle diese Sätze, die Mommsen an einen verkehrten Vordersatz als Folgerungen angeschlossen hat, fallen mit diesem. Die Sache ist indes zu wichtig und bedarf noch näherer Erörterung.

Bereits oben [15]) machte ich auf den doppelten öconomischen Zweck aufmerksam, dem eine Klage diene. Die Klage ist einerseits dazu bestimmt, streitiges Recht in streitloses zu verwandeln; andererseits soll sie bei streitlosem Recht die Erfüllung erzwingen.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen.

Es leuchtet demnach ein: daß eine Klage, in ihrer Eigenschaft als Erfüllungserzwingerin, sehr wohl geeignet ist, als Mahnung zu dienen, worauf unten noch näher eingegangen werden soll.

Ein klagender Gläubiger nimmt nur mehr vor, als ein bloß mahnender. Der klagende Gläubiger beschränkt sich nicht darauf, den Schuldner aufzufordern; er verlangt gleichzeitig, daß ihm gegenüber der Civilzwang zur Anwendung gebracht werde.

Nun ist die Lehre, wie eine Klage in inhaltlicher Beziehung be=

[15]) Vgl. oben § 48, S. 480 fgg.

schaffen sein müsse, um nicht vom Richter verworfen zu werfen, bereits sehr fein ausgebildet. Lassen sich diese Ergebnisse der Wissenschaft vielleicht für unsere Mahnung verwerthen? Wie haben wir uns in dieser Beziehung das Verhältnis der Mahnung zur Klage zu denken? Ist letztere, oder erstere an strengere Voraussetzungen gebunden?

Mich dünkt, wenn eine außergerichtliche Aufforderung an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, als Klage gedacht, bestehen würde, und vom Richter nicht sofort zurückgewiesen werden dürfte: so hat der Gläubiger deutlich genug gesprochen. Daran können wir unbedenklich festhalten: an strengere Voraussetzungen als eine Klage dieser Art kann die Mahnung in inhaltlicher Beziehung unmöglich geknüpft sein. Die Mahnung verlangt in dieser Beziehung sogar weit weniger als die Klage, wie diese Untersuchung bereits theilweise ergeben hat, und noch ferner ergeben wird.

Ich wende mich wieder zu den Mommsen'schen Sätzen, um sie der Reihe nach zu betrachten.

Wo ein Schuldner wegen Gegenforderungen ein Retentionsrecht hat, braucht ein Kläger diese Gegenforderungen in der Klage nicht zu berühren; es ist vielmehr Sache des Schuldners, dieses Retentionsrecht in der Vernehmlassung geltend zu machen. Dies ist zweifellos. Also werden wir auch einem mahnenden Gläubiger nicht die Verpflichtung auferlegen können, ein derartiges Retentionsrecht schon bei seiner Mahnung in Betracht zu ziehen.

Mommsen beruft sich für seine Ansicht hier merkwürdiger Weise auf c. 16 C. de rei vind. 3, 32 und fr. 5, § 1, de doli exc. 44, 4[16]. Allein in beiden Stellen ist einentheils von einer rei vindicatio, also einem dinglichen Anspruche, die Rede; andererseits geschieht ausdrücklich der exceptio doli mali Erwähnung, mittelst welcher der Beklagte seine Gegenansprüche geltend zu machen hat.

Wo ein Schuldner nur gegen eine Cautionsleistung zu zahlen braucht, hat der Kläger nicht nöthig, diesen Punkt schon in der Klage zu erwähnen, sondern kann abwarten, ob der Schuldner diesen Punkt in der Vernehmlassung berühren wird. Dies ist für das heutige Recht zweifellos und verhielt sich auch schon nach Römischem Rechte so[17].

---

[16]) Vgl. mit dieser Stelle auch fr. 80, § 1, ad leg. Falcidiam 35, 2 und dazu oben § 34, S. 358.

[17]) Vgl. z. B. fr. 2, § 1, Quod legatorum 43, 3, vba: non ergo offerre debet satisdationem, sed petenti satis moram non facere.

Also werden wir auch einem mahnenden Gläubiger nicht die Verpflichtung auferlegen können, ein Cautionsanerbieten schon bei der Mahnung zu machen.

Dasselbe wird man da anzunehmen haben, wo die Caution nicht vom Gläubiger selber, sondern von einem Dritten zu leisten ist [18]).

Mommsen beruft sich für seine Ansicht auf fr. 7, § 4, de dote praelegata 33, 4. Hier hat ein Schuldner, der nur gegen Cautionsleistung zu zahlen brauchte, gezahlt, ohne dieselbe zu fordern, in welcher Beziehung Papinian bemerkt: „ut indebitum fideicommissum non repeteretur: cautionis enim praestandae necessitas solutionem moratur, non indebitum facit quod fuit debitum: sed non erit iniquum heredi subveniri."

Was soll das aber beweisen? Aus den Worten „solutionem moratur" wird Mommsen doch nichts entnehmen wollen. Denn daß die Zahlungshemmung auch hier mittelst exceptio doli bewerkstelligt werden mußte, kann angesichts z. B. von fr. 7 pr. de dote praelegata keinen Bedenken unterliegen.

Ich glaube überhaupt nicht, daß sich für die vorliegende Frage entscheidende Stellen aus dem Corpus Juris beibringen lassen werden. Auch wäre an sich das gleichfalls bereits angeführte fr. 8 de usufr. ear. rer. 7, 5 wohl eher geeignet, Bedenken zu erregen, als die von Mommsen beigebrachte Stelle, wenn es hier heißt:

> eum vero, qui satis praestitit ac propter moram coheredis satis non accepit, neque fructus nomine interim teneri propter senatus consultum.

Allein schwerlich dachte Papinian daran, durch diese Worte die Frage, die uns hier beschäftigt, zu erledigen. Andererseits paßt das interim non teneri doch auch auf einen Schuldner, der sich mittelst Mahnungseinrede seines Gläubigers erwehren kann. Und dann heißt es in Betreff des in Bezug genommenen Senatusconsultes anderswo [19]) doch nur:

> tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam Senatus consulti cautione.

woraus man geneigt sein möchte, zu schließen: daß es mit der Cautionsleistung so lange Zeit hat, bis der Erbe sich zur Zahlung bereit erklärte.

---

[18]) Ein Beispiel dieser Art enthält z. B. fr. 8 de usufr. ear. rer. 7. 5.

[19]) c. 1 C. de usufr. 3, 33.

Bei gegenseitigen Obligationen, welche Zug um Zug erfüllt werden müssen, ist allerdings streitig, was zum Klagegrunde gehöre: ob es genüge, wenn Kläger die Gegenleistung begehre, oder ob er seine Leistung gleichzeitig anbieten müsse[20]).

Mag man nun über diese Frage denken, wie man will: darüber sollte man nicht verschiedener Meinung sein, was zur Mahnung ausreiche. Denn wenn ein solcher Gläubiger vom Schuldner einfach seine Leistung verlangt, was hindert diesen Schuldner daran, seine Leistung gegen die Leistung des Gläubigers anzubieten? Beschwert ihn doch eine solche Mahnung in keiner Weise! Und daß dem Gläubiger wirklich um Aufhebung der Obligation zu thun sei, ist durch eine derartige Mahnung doch auch deutlich genug ausgesprochen. So gut der Schuldner sich zum Anbieten seiner eignen Leistung auffordern läßt, so billig scheint es, daß auch er seinerseits den Gläubiger zum Anbieten der Gegenleistung auffordere. Dies leuchtet namentlich in den Fällen ein, wo der Schuldner die Leistung beim Gläubiger anzubieten hat. Hier kann man doch wahrlich nichts Arges darin finden, daß der Gläubiger mit dem Anbieten der Gegenleistung so lange wartet, bis der Schuldner sich bei ihm eingefunden hat.

So soll z. B. nach Art. 342 des A. D. H. G. B. die Uebergabe der verkauften Waare regelmäßig da geschehen, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte; während nach Art. 325 des A. D. H. G. B. der Käufer den Kaufpreis regelmäßig dort zahlen muß, wo der Verkäufer zu tradiren hat. Der Käufer hat also den Kaufpreis zu bringen und die verkaufte Sache abzuholen. Hier muß es doch für einen Käufer, der lediglich die Wirkungen der Mahnung in Anspruch nehmen will, genügen, wenn er den Käufer dahin mahnt, daß er ihm den Kaufpreis bringe.

Mommsen berührt den Fall nicht, wie eine Mahnung einzurichten, wenn der Forderung eine compensable Gegenforderung entgegensteht. Auch hier kann der mahnende Gläubiger ruhig abwarten, ob der Schuldner compensiren will. Mommsen müßte folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, daß der mahnende Gläubiger die Gegenforderung gleich in Abzug zu bringen hätte. Und daß er sich dabei ja nicht zu

---

[20]) Vgl. v. Vangerow, Pandekten, Bd. III., § 607. Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 321, Anm. 2 und 3.

seinen Gunsten etwa um einen Sechsling verrechne! Sofort ereilt ihn die Mommsen'sche Nullundnichtigkeit.

Wie steht es endlich um die unzähligen Fälle, wo der Schuldner nur gegen Quitung zu zahlen braucht? Auf Mommsen'scher Grundlage gelangte man hier zu dem Satze, daß in Fällen dieser Art den Mahnbriefen gleich die Quitungen beigelegt werden müßten.

Ueberhaupt so wie Mommsen die Sache auffaßt, dürften von hundert Mahnungen, wie sie das Leben bringt, kaum zehn gültig sein.

III. Wenigerforderung.

Die Mahnung kann in dem Sinne eine Wenigerforderung enthalten, daß der Gläubiger auch wirklich nur dies Weniger als Abschlagszahlung haben will. In diesem Falle ist die Mahnung in Bezug auf den wirklich geforderten Betrag wirksam[21]).

Es kann aber auch sein, daß bei dieser Wenigerforderung ein Versehen obwaltete, und der Gläubiger in der That den ganzen Betrag haben wollte. Hier wird man jedenfalls in den Fällen die Mahnung in Bezug auf die ganze Forderung für wirksam erklären müssen, wo der Schuldner verpflichtet war, die Richtigkeit der Rechnung zu prüfen und die Mittel hierzu in Händen hatte.

Der Gläubiger hat sich z. B. beim Saldo eines Conto-Corrente-Verhältnisses zu seinem Nachtheil verrechnet.

Ein Handwerker hat statt 95 Thlr. 43 Schill., wie er auf seiner Rechnung irrthümlich zusammengezählt, in Wirklichkeit 97 Thlr. 44 Schill. zu fordern. Jetzt bittet er sich in einem Mahnbriefe die geschuldeten 95 Thlr. 43 Schill. aus. Offenbar hat der Mann seine ganze Forderung bezahlt haben wollen. Die Mahnung ist gültig auf den ganzen Betrag von 97 Thlr. 44 Schill.

Ein Vermächtnisnehmer bittet sich vom Erben die vermachten funfzig Thaler aus. Er hat sich indes in der Summe geirrt, ihm sind hundert vermacht. Liegt dies klar zu Tage, so ist die Mahnung in Bezug auf das ganze Vermächtnis wirksam.

Wie ist es nun aber, wenn in dem Fall mit dem Handwerker der Schuldner in gutem Glauben die 95 Thlr. 43 Schill. zahlt, und der Handwerker erst hernach seinen Irrthum gewahr wird? Hier liegt in der Annahme der Zahlung jedenfalls eine Zurücknahme der ganzen

---

[21]) Vgl. Mommsen S. 41.

Mahnung. Der Handwerker muß also wegen des Restes von 2 Thlr. 1 Schill. auf's neue mahnen; und kann auch in Bezug auf diesen Betrag nur die Wirkungen der neuen Mahnung geltend machen.

Verwandt mit diesen Fällen, wo der Gläubiger aus Versehen weniger forderte, während er in der That den ganzen Betrag haben wollte, sind die oben, § 46, besprochenen, wo der Gläubiger nur wegen einer Vorhandlung mahnte, während ihm nicht bloß hierum, sondern auch um die Nachhandlung zu thun war. Ein Gläubiger fordert z. B. Emancipation, es ist ihm aber nicht bloß hierum, sondern gleichzeitig um das Fideicommiß zu thun [22]). Auch hier wirkt eine Mahnung in Bezug auf die Vorhandlung, wenn sie vom Schuldner unbeachtet gelassen wird, gleichzeitig in Bezug auf die Nachhandlung.

Wie ist es nun hier, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet, und die Vorhandlung, z. B. die Emancipation, vornimmt? Dann bedarf es in Bezug auf die Nachhandlung, also z. B. die Herausgabe des Fideicommisses, auch hier wieder einer besondern Mahnung.

Es scheint ein Widerspruch darin zu liegen, daß eine Mahnung in Bezug auf Vorhandlung, wenn sie vom Schuldner unbeachtet gelassen wird, auch in Bezug auf Nachhandlung wirken solle; daß dagegen, wenn der Schuldner die Mahnung in Bezug auf Vorhandlung beachtet, es einer neuen Mahnung in Bezug auf die Nachhandlung bedürfe.

Allein das Recht geht hier von der Voraussetzung aus, daß wer Vorhandlung verlangt, auch die Nachhandlung will. Es ist allerdings möglich, daß es dem Gläubiger nur um die Vorhandlung zu thun war. Allein das sind jedenfalls fernliegende Möglichkeiten, auf die das Recht auch sonst keine sonderliche Rücksicht zu nehmen pflegt.

Da aber diese fernen Möglichkeiten doch immer bleiben, im Laufe der Zeit auch beim Gläubiger eine Sinnesänderung eintreten könnte, will andererseits das Recht ebenso wenig zudringlich erscheinen. Das Recht muthet dem Gläubiger nicht zu, wegen Herausgabe eines Fideicommisses zu mahnen, ehe die Vorbedingung zur Entgegennahme desselben, die Emancipation, erfolgt ist. Wenn aber der Schuldner der Mahnung Folge leistet, und die Vorhandlung vornimmt; dann stellt das Recht seine Bevormundung ein, dann mag der Gläubiger selber sagen, was er will.

[22]) fr. 92 C. et D. 35, 1.

So hat sich denn dies ergeben.

Eine Mahnung, welche eine Andersforderung enthält, ist im allgemeinen ungültig. Enthält die Mahnung eine Mehrforderung, so ist sie gültig in Bezug auf den wirklich geschuldeten Betrag. Enthält die Mahnung eine Wenigerforderung, so ist sie jedenfalls in Bezug auf den wirklich geforderten Betrag gültig; es kommen indes auch Fälle vor, wo eine solche Mahnung in Bezug auf die ganze Forderung für wirksam gehalten werden muß.

§ 56.
Mahnungen-Häufung.

Wie es eine Klagenhäufung, so gibt es auch eine Mahnungenhäufung. Eine Mahnungenhäufung liegt namentlich dann vor, wenn der Gläubiger den Schuldner auffordert, gleichzeitig mehrere schuldige Leistungen vorzunehmen. Fälle dieser Art kommen sehr häufig vor. Denn wenn z. B. ein Kaufmann oder Handwerker die Bezahlung seiner Jahresrechnung begehrt, so verlangt er eben gleichzeitige Erfüllung aller der einzelnen Obligationen, worüber die Rechnung nähern Aufschluß gibt. Solche Mehrheit von Mahnungen ist so zu beurtheilen, als ob der Gläubiger wegen jedes einzelnen Postens besonders gemahnt hätte. Ist also in Bezug auf einen Posten ein Versehen geschehen — z. B. die halbe Elle Flanell, welche auf der Rechnung für Madame steht, hat das Dienstmädchen nicht für Madame, sondern für sich selber geholt — so kann Madame die Befugnis nicht abgesprochen werden, die Mahnung in Bezug auf diesen einen Posten anzufechten; das hat indes auf die Wirksamkeit der übrigen Mahnungen keinen Einfluß.

Und weil in solchen Fällen in der That mehrere Mahnungen vorliegen, so müssen die einzelnen Mahnungen auch als solche erkennbar sein. Wenn z. B. ein Schuster für verschiedene im Jahre 1869 gelieferte Arbeiten 14 Thlr. 32 Schill. fordert, so ist das eine unwirksame Mahnung. Denn da die geforderte Summe nicht als ein Posten, sondern als eine Summe mehrerer Posten in Betracht kommen soll, schwebt die Forderung so gleichsam in der Luft. Es muß aus der Mahnung hervorgehen, was von dieser Summe auf die einzelnen Arbeiten, z. B. das Versohlen, den Fleck u. s. w. kommt. Der Gläubiger muß, wie man im gewöhnlichen Leben zu sagen pflegt, seine Forderung specificiren.

Dabei ist indes noch Folgendes zu bemerken.

Es ist nicht nöthig, daß Specification und Mahnung zusammenfallen. Der gewöhnliche Fall ist vielmehr der, daß die Specification der Mahnung voraufzugehen pflegt; und daß dann die Mahnung auf diese Specification ausdrücklich oder stillschweigend Bezug nimmt.

Hat aber der Gläubiger einmal specificirt, so ist er zu einer Wiederholung derselben nicht verpflichtet. Der Schuldner, welcher seine specificirte Rechnung verloren oder verlegt hat, kann nicht noch einmal Ausstellung einer neuen verlangen. Auch eine Mahnung, die sich auf eine verloren gegangene Specification bezieht, ist vollkommen wirksam. Denn der Gläubiger hat in diesem Falle alles gethan, was ihm zu thun oblag.

Uebrigens gibt es Schuldner, die sich die Zustellung all und jeder Rechnung ein für alle Mal verbitten. In solchen Fällen wird man auch eine nicht specificirte Mahnungenhäufung für zuläßig erklären müssen.

Ferner wird ein mahnender Gläubiger die Specification zunächst da ohne Nachtheil unterlassen können, wo sie im allgemeinen nicht üblich zu sein pflegt.

Dies Verfahren schlagen z. B. neuerdings die Apotheker bei ihren Jahresrechnungen ein, für deren Rechnungen ein Laie ja doch kein Verständnis hat. Sie specificiren nicht, sondern begnügen sich damit, die Gesammtsumme in Rechnung zu setzen. Dafür erklären sie sich aber auf besonderes Verlangen „gerne bereit, unter Zurückgabe der betreffenden Recepte und Belege, die Rechnung zu specificiren."

Ferner pflegen die Correspondentrheder, wenn sie von den einzelnen Rhedern die Beiträge zur stattgehabten Ausrüstung oder Ausbesserung eines Schiffes einfordern lassen, keine Specification mitzuschicken. Gegen dieses Verfahren wird man um so weniger etwas einwenden wollen, als der Correspondentrheder gar nicht verpflichtet war, in dieser Beziehung in Vorschuß zu gehen[1]); also bereits zu einer Zeit fordern konnte, wo eine genaue Specification noch gar nicht einmal möglich war.

Auch eine eventuelle Mahnungenhäufung ist da möglich, wo der Schuldner zu einer Vorhandlung verpflichtet ist. Z. B. ein Correspondentrheder wird aufgefordert, Rechnung abzulegen, eventuell die vorhandene Dividende auszukehren. Oder ein Collationspflichtiger wird aufgefordert, sich darüber zu erklären: ob er Miterbe sein wolle oder nicht; eventuell zu conferiren.

[1]) H. G. B. arg. Art. 469, Abs. 3.

§ 57.
Mahnungseinreden.

Die bisherigen Schriftsteller über unsern Gegenstand beschränken sich darauf, zu untersuchen: wann die Mahnung gültig, und wann sie ungültig sei. Allein es gibt auch eine Mahnung, die an sich wirksam ist, deren Unwirksamkeit durch Vorschützen von Einreden herbeizuführen, aber in der Macht des Schuldners steht.

Für diese Einreden möchte ich den Namen Mahnungseinreden vorschlagen.

Bisher hat man diese Mahnungseinreden unter dem sogenannten Retentionsrecht mitumfaßt, dessen Begriff von Windscheid[1]) so angegeben wird:

> „es besteht in der Befugnis, eine Leistung, zu welcher man an und für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruche, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge geleistet hat.“

Allein dieses sog. Retentionsrecht kann aus den verschiedensten Gründen zustehen, so daß sich, wie Windscheid selber ganz richtig ausgeführt hat[2]), eine gemeinsame Theorie für alle diese Fälle gar nicht aufstellen läßt. Namentlich kommt dies sog. Retentionsrecht auch dinglichen Ansprüchen gegenüber vor.

Man kann demnach zweifelhaft werden, ob man den Begriff Retentionsrecht nicht lieber ganz fallen läßt. Denn was soll man mit einem Begriff, der doch keine gemeinsame Theorie duldet?

Jedenfalls wird man gut daran thun, wenn man diese Mahnungseinreden für sich betrachtet. Denn hier ist in der That die zu einem Rechtsbegriffe erforderliche Gemeinsamkeit vorhanden. Das Wesen der Mahnungseinrede besteht darin, daß sie eine an sich wirksame Mahnung unwirksam macht.

Die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten. Eine solche Mahnung kann der Schuldner dadurch unwirksam machen, daß er die schuldige Leistung anbietet, aber auch dadurch, daß er vom Gläubiger zunächst die Erfüllung einer Vorverpflichtung verlangt. Dieses

---

1) Pandekten, Bd. II., § 351, Nr. 3.
2) Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. I., S. 127.

Verlangen steht in dieser Beziehung auf gleicher Stufe mit der Oblation: es macht, ebenso wie die Oblation, die Mahnung unwirksam. Es steht nun beim Gläubiger, ob er dem Verlangen des Schuldners nachkommen will oder nicht. Kommt er demselben nach, so erneuert er damit gleichzeitig die Mahnung.

Es ist in früherer Zeit vielfach die Frage erörtert worden, ob eine einmalige außergerichtliche Mahnung schon wirksam sei[3]). An sich reicht nun allerdings eine einmalige Mahnung vollkommen aus. So oft aber diese Mahnung vom Schuldner dadurch unwirksam gemacht wird, daß derselbe vom Gläubiger die Erfüllung einer Vorverpflichtung begehrt, wird Wiederholung der Mahnung nothwendig, die sich indes schon stillschweigend darin aussprechen kann, daß der Gläubiger seiner Vorverpflichtung nachkommt.

Im Laufe der Untersuchung sind wir schon mannigfachen Mahnungseinreden begegnet. Ich werde einiges wiederholen und Neues hinzufügen.

Im § 22 sahen wir, daß der mahnende Gläubiger, bezw. dessen Bevollmächtigter oder Vertreter, sich auf Verlangen des Schuldners als solcher ausweisen mußte.

Ein Gläubiger, den der Schuldner nicht kennt, muß sich recognosciren lassen. Ein Cessionar muß seine Cessionsurkunde vorlegen. Kennt der Schuldner die Unterschrift des Cedenten nicht, so muß der Cessionar sie beglaubigen lassen. Bei Ordre- und Inhaberpapieren muß der Gläubiger auf Verlangen des Schuldners die Urkunde vorlegen. Ein Erbe muß sich z. B. durch Erbenzeugnis legitimiren. Der Vormund muß auf Verlangen sein Tutorium, und, wo es sich um Curatelcapitalien handelt, das obervormundschaftliche Erhebungsdecret vorlegen. Auch sonstige Vertreter des Gläubigers haben sich auf Verlangen des Schuldners als solche auszuweisen. Der Beauftragte, dem keine publica fides zur Seite steht, muß seine Vollmacht vorlegen.

Oben, S. 374, bestand die Vorverpflichtung in Erstattung von Impensen.

In § 55 überzeugten wir uns soeben, daß die Vorverpflichtung des Gläubigers auch in dem Anbieten einer Caution, einer Gegenleistung, oder einer Quitung bestehen könne.

Was die Cautionsleistung anbetrifft, so wird in den Quellen

---

[3]) Vgl. v. Madai a. a. O. § 9.

besonders hervorgehoben, daß sie sich auf etwaige mögliche oder bereits eingetretene Nachtheile der Mahnung nicht mitzuerstrecken habe.

fr. 24 pr. de usu et usufr. 33, 2 vba:

quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.

In fr. 94 pr. Sol. 46, 3 bespricht Papinian folgenden Fall. Ein Schuldner hat mit fremden Geldstücken gezahlt. So lange keine Commixtio Statt gefunden hat, ist demnach die Schuld nach Römischer Anschauung noch nicht getilgt [4]; und der Gläubiger demzufolge berechtigt, wegen dieser Schuld zu mahnen. Der Schuldner kann aber diese Mahnung dadurch unwirksam machen, daß er die fremden Geldstücke zurückverlangt. Die Vorverpflichtung des Gläubigers besteht hier in Herausgabe dieser fremden Geldstücke.

Wenn ein Correspondentrheder von der Rhederei für eine beschaffte Ausbesserung oder Ausrüstung des Schiffes Beiträge einfordert, so kann jeder einzelne Rheder zuvor nähern Nachweis begehren, und auf diese Weise die Mahnung unwirksam machen [5].

Hierher gehören auch die Fälle, wo der Schuldner Rechnungsabnahme verlangen kann, bevor er anbietet. Wenn z. B. ein Correspondentrheder von der Rhederei abgesetzt, oder die Vollmacht eines Generalbevollmächtigten vom Auftraggeber aufgerufen, oder ein Mündel volljährig geworden ist; so können Correspondentrheder, Generalbevollmächtigter und Vormund beziehungsweise von der Rhederei, dem Auftraggeber und dem Mündel die Ausstellung eines Liberatoriums verlangen, ehe sie nöthig haben, den etwaigen Kassenbestand, die Werthpapiere, Bücher u. s. w. auszuliefern.

In allen diesen Fällen ist die Mahnung an sich wirksam; sie wird aber dadurch unwirksam, daß der Schuldner die Erfüllung einer Vorverpflichtung verlangt. Zögert also der Schuldner mit diesem Ver-

---

[4]) fr. 78 Sol. 46, 3. Es kann zweifelhaft sein, ob diese Römische Auffassung noch heutzutage maßgebend ist. Denn da nach Art. 307 des H. G. B. bei Inhaberpapieren, z. B. Banknoten, schon der redliche Erwerb zum Eigenthumserwerb genügt; kann man den Erwerb von Geldstücken doch unmöglich an härtere Voraussetzungen knüpfen wollen. Denn Geldstücke sind nichts anders als metallene Kassenanweisungen mit Zwangscours. Von metallenen Kassenanweisungen kann in dieser Beziehung doch kaum etwas anderes gelten, als was bei papiernen Rechtens ist. Und dann — was ist am Ende Commixtio?

[5]) Vgl. H. G. B. Art. 465.

langen, so treten die nachtheiligen Wirkungen der Mahnung sofort ein. Man setze folgenden Fall.

Ein Correspondentrheder läßt von der Rhederei die Beiträge für stattgehabte Ausbesserung und Ausrüstung des Schiffes einfordern. Ein Rheder kommt dieser Aufforderung nicht nach. Ein Vierteljahr drauf schreitet der Correspondentrheder zur Klage. Jetzt verlangt der Rheder nähern Nachweis. Mag nun die Sache ausfallen, wie sie will; mag der Correspondentrheder mit seiner ganzen Forderung oder nur theilweise durchdringen: jedenfalls hat der Rheder für das Vierteljahr, wo er stillgeschwiegen, die Nachtheile der Mahnung zu tragen.

Zu dem nämlichen Ergebnisse sind wir übrigens bereits oben, § 22, S. 221, auf einem andern Wege gelangt.

In § 42 wurde ausgeführt, daß die Mahnung zu ihrer Voraussetzung eine vorhandene schuldige Leistung habe, daß aber einer nicht vorhandenen schuldigen Leistung eine Leistung gleich sei, die zwar an sich gefordert werden, deren sich aber der Schuldner durch Vorschützen von Einreden entziehen könne, sofern derselbe von diesen Einreden Gebrauch mache. Genau so steht es nun mit der Mahnung selber. Denn auch einer unwirksamen Mahnung ist eine Mahnung gleich, die zwar an sich wirksam, deren Unwirksamkeit durch Vorschützen von Mahnungseinreden herbeizuführen, aber in der Macht des Schuldners steht, sofern er von diesen Einreden Gebrauch macht.

§ 58.

Klagmittheilung.

Bereits mehrfach wurde darauf hingewiesen, daß die Klage einem zweifachen öconomischen Zwecke diene: einerseits sei sie dazu bestimmt, streitiges Recht in streitloses zu verwandeln, andererseits bei streitlosem Recht die Erfüllung zu erzwingen.

Sofern nun die Klage lediglich den ersteren Zweck verfolgt, kann sie nicht füglich die Stelle der Mahnung vertreten. Man denke sich z. B. eine Präjudicialklage zwischen A und B darauf gerichtet: wer von beiden Gläubiger des X sei.

Anders steht es aber um eine Klage, die lediglich oder gleichzeitig den Zweck verfolgt, die Erfüllung zu erzwingen. Ein so klagender Gläubiger nimmt nur mehr vor, als ein bloß mahnender: er beschränkt sich nicht darauf, den Schuldner zur Vornahme der schuldigen Leistung

aufzufordern; sondern verlangt gleichzeitig, daß diesem Schuldner gegenüber der Civilzwang zur Anwendung gebracht werde.

Ueberhaupt haben wir davon auszugehen, daß eine Klage nur unter der Voraussetzung die Stelle der Mahnung vertreten kann, wenn alle Voraussetzungen dieser letzteren vorliegen.

Es muß also vor allen Dingen zu einer Mittheilung dieser Klage an den Schuldner gekommen sein.

Nun kann es sich aber ereignen, daß sich diese Mittheilung der Klage nicht beschaffen läßt, weil der Schuldner nicht anzutreffen ist. In solchen Fällen wird die Klage in der Wohnung des Schuldners einem der Hausgenossen übergeben, oder dort niedergelegt, oder an die Thüre angenagelt[1]); wenn alles dies nicht thunlich, schreitet der Richter auch wohl zur Publication durch Anschlag an der Gerichtsstelle und öffentliche Blätter[2]).

Es ist möglich, daß der Schuldner auf diese Weise von der Klage Kunde erhält; aber wenn dieses auch nicht der Fall, so läßt sich der Richter hierdurch an Fortrückung der Sache nicht beirren. Wie sieht es nun mit solchen Klagen aus, auf welche ein Verfahren eingeleitet wird, ohne daß es zu einer Mittheilung an den Schuldner kam? An sich sind sie nicht geeignet, die Stelle der Mahnung zu vertreten. Wir werden aber weiter unten sehen, in welcher Weise das Recht hier ausgeholfen hat.

Ferner kann eine Klage immer nur eine schriftliche Mahnung vertreten. Wo also eine schriftliche Mahnung als solche nicht ausreicht, genügt auch eine Klage nicht.

Wir sahen oben, § 52, S. 513, daß eine bloß schriftliche Mahnung, etwa durch einen Briefträger, da nicht hinreiche, wo es sich um Leistungen handle, welche der Gläubiger beim Schuldner oder an einem dritten Orte entgegenzunehmen habe; in solchen Fällen genügt also auch eine Klage nicht. Denn die Behauptung Puchta's[3]) „will aber der Schuldner ohne Klage erfüllen, so muß er es natürlich bei dem Gläubiger thun" ist so verkehrt, wie nur irgend möglich[4]).

---

[1]) Wetzell, Civilproceß, § 67, Nr. 3; Trotsche, der Mecklenburgische Civilproceß, Bd. I., § 96.

[2]) Trotsche a. a. O.

[3]) Pandekten, § 246 a. E.

[4]) Vgl. dagegen Mommsen a. a. O. S. 143, Anm. 4 und S. 223, 224, Anm. 18.

Mommsen stimmt mit dem hier aufgestellten Satze zwar im Princip überein, sucht aber dann doch wieder drum wegzukommen. Es heißt nämlich bei ihm, S. 40, 41:

„Wenn der Kläger nicht zugleich die nöthigen Vorkehrungen zur Entgegennahme der Leistung getroffen hat, so kann die Mittheilung der Klage für sich ebenso wenig als eine wirkliche Interpellation betrachtet werden, wie ein bloßer Mahnbrief bei einer Schuld, welche nicht bei dem Gläubiger zu erfüllen ist. Wenn daher der Schuldner sich in seiner Vernehmlassung zur Leistung bereit erklärt, für den Fall, daß der Gläubiger die nöthigen Vorkehrungen zur Entgegennahme der Leistung treffe, so ist er in der That in keinem Augenblick in Mora gewesen. Dagegen wird — — — eine zur Begründung der Mora genügende Interpellation anzunehmen sein, wenn der Beklagte in seiner Vernehmlassung sich weigert, die Obligation zu erfüllen, indem er z. B. den Grund der Klage in Abrede stellt. Das Eintreten der Mora kann hier nicht dadurch bedingt sein, daß der Kläger nun noch die Vorkehrungen zur Entgegennahme der Leistung treffe, indem diese doch voraussichtlich nutzlos sein würden. Es wird genügen, daß diese Vorkehrungen demnächst, wenn die Verurtheilung erfolgt, getroffen werden; es dürfte sich aber fragen, ob es der Strenge nach gerechtfertigt werden kann, in diesem Fall den Beginn der Mora immer schon von der Mittheilung der Klage an zu datiren. Wenn demnach die Praxis in der letztern Weise verfährt, so mag vielleicht die Erwägung zu Grunde liegen, daß der Beklagte durch sein späteres Verhalten gezeigt hat, daß er, auch wenn die zur Entgegennahme der Leistung nöthigen Vorkehrungen schon zur Zeit der Mittheilung der Klage vom Gläubiger getroffen wären, doch die Erfüllung der Obligation unterlassen hätte."

Was nun zunächst die von Mommsen behauptete Praxis anbetrifft, so ist mir eine derartige Praxis nicht bekannt. Eine solche Praxis wäre auch durchaus zu verwerfen, denn die Fälle können hier sehr verschiedenartig liegen, und erheischen demzufolge eine verschiedene Beurtheilung.

Ebenso wenig kann man sich bei der Begründung beruhigen, die Mommsen für diese vermeintliche Praxis versucht hat. Denn daß das spätere Verhalten des Schuldners rückwärts in die Vergangenheit solle wirken können, scheint doch kaum denkbar.

Gehen wir von folgendem Falle aus. Ein Gläubiger verklagt

seinen Schuldner auf 100 und verlangt Mahnungszinsen seit der Klagmittheilung. Hier wären nun etwa folgende Möglichkeiten in's Auge zu fassen.

Erste Möglichkeit. — Der Schuldner anerkennt die Schuld von 100, behauptet aber, daß Gläubiger verpflichtet sei, das Geld von ihm abzuholen.

Der Gläubiger räumt dies ein, oder bestreitet dies, der Schuldner bekommt aber Recht: dann kann von Mahnungszinsen keine Rede sein.

Zweite Möglichkeit. — Der Schuldner bestreitet die Schuld und behauptet gleichzeitig, daß der Gläubiger verpflichtet sei, das Geld von ihm abzuholen.

Der Gläubiger räumt den letzteren Punkt in der Replik ein, und erbietet sich dazu, das Geld vom Schuldner abzuholen, falls derselbe seine Schuld einräumen wolle. Hier hat der Schuldner erst von der Replikmittheilung an Mahnungszinsen zu entrichten, wenn und so weit er schließlich in die Hauptschuld verurtheilt wird.

Aber auch wenn der Gläubiger sich in der Replik darauf beschränken würde, seine Verpflichtung zum Abholen des Geldes anzuerkennen; würde man diese Erklärung kaum anders auffassen können, als daß der Gläubiger gerne erbötig sei, das Geld vom Schuldner abzuholen, falls derselbe seine Schuld einräumen würde. Auch in diesem Falle laufen also die Mahnungszinsen von der Replikmittheilung.

Wenn aber der Gläubiger den fraglichen Punkt in der Replik bestreitet, und der Schuldner schließlich in dieser Beziehung Recht behält, so kann von Mahnungszinsen gar keine Rede sein. Denn hier steht dem Schuldner der Satz zur Seite: quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit?

Dritte Möglichkeit. — Der Schuldner anerkennt die Schuld von 100, oder bestreitet sie, wird aber schließlich überführt. Der Gläubiger ist verpflichtet, das Geld vom Schuldner abzuholen; dieser Punkt ist aber gar nicht zur Sprache gekommen.

Da der Kläger Zinsen seit der Klagmittheilung gefordert hat, so ist die Klage nur unter der Voraussetzung schlüssig, daß der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung beim Gläubiger vorzunehmen. Diesen Umstand wird man daher supponiren müssen, wenn sonst nichts im Wege steht. Und da ferner der Schuldner in seiner Vernehmlassung diesen Umstand nicht in Abrede genommen hat, gilt er als zugestanden. Dabei sehe ich freilich vom gemeinen Rechte ab, das allerdings den

Nachtheil des Zugeständnisses nicht hat, sondern Verneinung annimmt [5]). Aber in dieser Beziehung dürfte das gemeine Recht kaum noch irgendwo in Deutschland Geltung haben; und wäre dieser gemeinrechtliche Satz, dessen Unbrauchbarkeit namentlich in Fällen der fraglichen Art recht grell zu Tage tritt, wider Erwarten noch irgendwo von Bestand, so wird dessen Beseitigung kaum lange auf sich warten lassen.

In diesem Falle muß also der Schuldner Mahnungszinsen seit der Klagmittheilung entrichten. Und diesen Fall, der allerdings leicht vorkommen kann und oft genug vorkommt, wird Mommsen ausschließlich im Sinne gehabt haben.

Vierte Möglichkeit. — Der Schuldner behauptet, daß der Gläubiger verpflichtet sei, das Geld von ihm abzuholen. Der Gläubiger erklärt darauf in der Replik: er wäre schon vor der Klage wiederholt beim Schuldner gewesen, um das Geld entgegenzunehmen, aber stets vergebens.

Man möchte in dieser replicirend vorgebrachten Behauptung eine unstatthafte Klageänderung finden wollen; und das wäre sie auch jedenfalls, wenn der Kläger, während er in der Klage seit der Klagmittheilung Zinsen verlangte, sie jetzt in der Replik von einem früheren Zeitpunkte an beanspruchen wollte. Denn weil der Kläger in der Klage sich auf Zinsen seit der Klagmittheilung beschränkte, so ließ er damit alle weiter zurückreichenden Zinsenansprüche fallen.

Allein so braucht der Kläger seine Behauptung auch gar nicht verstanden zu haben; sie hat noch einen sehr guten andern Sinn. Wenn der Gläubiger sich rechtzeitig beim Schuldner eingestellt hatte, um die fragliche Leistung entgegenzunehmen; so hat er in dieser Beziehung seinen Obliegenheiten genügt, und braucht nicht zum zweiten Male wiederzukommen. Jetzt ist es Sache des Schuldners, die Leistung beim Gläubiger zu beschaffen. Die replicirend vorgebrachte Behauptung des Gläubigers bedeutet demzufolge: allerdings war ich ursprünglich verpflichtet, die Leistung bei dir entgegenzunehmen; es ist indes mit der Obligation eine Umwandlung vor sich gegangen; jetzt bist du verpflichtet, die Leistung bei mir zu beschaffen.

Und wenn es sich bestätigt, daß der Gläubiger sich bereits vor der Klage rechtzeitig beim Schuldner eingestellt hatte, so müssen ihm Zinsen seit der Klagmittheilung zugesprochen werden.

---

5) Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 49.

Jetzt wäre noch auf einen Unterschied zwischen der Klagmittheilung und der einfachen außergerichtlichen Mahnung aufmerksam zu machen. Die außergerichtliche Mahnung ist eine Handlung mehr augenblicklicher Art; dagegen wer zur Klagmittheilung schreitet, mahnt so lange, als der Rechtsstreit dauert; die Klagmittheilung ist also, wo der Schuldner die Schuld bestreitet, eine fortdauernde Mahnung. Hieraus erklärt sich folgende Erscheinung.

Der Gläubiger schreitet wegen 100 zur Klage, und fordert Mahnungszinsen seit der Klagmittheilung. Die Klagmittheilung erfolge am 21. September. Der Schuldner leugnet die Schuld, eventuell behauptet er, daß sie noch nicht fällig sei. Etwa nach Jahresfrist wird die Sache spruchreif. Es ergibt sich, daß der Gläubiger die 100 wirklich zu fordern, daß er aber um drei Monate zu früh geklagt hatte. Wie verhält es sich hier mit den geforderten Mahnungszinsen? Der Schuldner hat dieselben vom 21. December an zu entrichten. Denn allerdings hat sich die Mahnung durch Klagmittheilung als vorzeitig erwiesen. Da aber der Gläubiger den ganzen Proceß über, so hat er auch am 21. December gemahnt. Die Sache steht also genau so, wie wenn eine außergerichtliche Mahnung nicht bloß am 21. September vorgenommen, sondern am 21. December wiederholt wäre [6]).

Daß sich die Sache wirklich so verhält und wegen einer vorzeitigen Mahnung durch Klagmittheilung nicht etwa andere Grundsätze gelten, wie hinsichtlich einer vorzeitigen außergerichtlichen Mahnung, davon kann uns folgendes Beispiel überzeugen.

Die Klagmittheilung ist am 21. September erfolgt, und die Sache nach drei Monaten spruchreif. Es ergibt sich, daß der Gläubiger wirklich 100 zu fordern, aber um ein Jahr zu früh geklagt hat. Hier wird die Klage zur Zeit abgewiesen, und damit fällt gleichzeitig die durch Klagmittheilung versuchte Mahnung, als verfrüht, zusammen.

Hiernach ist auch eine von Mommsen, S. 60, 61, aufgestellte Behauptung zu berichtigen. Derselbe meint nämlich „in so fern der Schuldner nicht früher in Mora war", könnten die Wirkungen der Mahnung nie mit dem verurtheilenden Erkenntnisse selber eintreten. Denn, heißt es hier:

„der dem Schuldner vom Richter gesetzten Paritionsfrist muß vielmehr die Bedeutung beigelegt werden, daß der Schuldner diese Frist

[6]) Vgl. Seuffert's Archiv XVI., 20.

benutzen kann, ohne einer Mora sich schuldig zu machen; so daß letztere in dem zur Frage stehenden Fall erst dann beginnt, wenn die Frist abgelaufen ist, ohne daß der Schuldner sie zur Vornahme der Leistung benutzt hat."

Allein diese Paritionsfrist hat mit unserer Mahnung gar nichts zu schaffen, worauf schon früher hingewiesen worden [7]). Man setze: die Schuld sei am 21. December fällig und auch an diesem Tage das Erkenntnis gesprochen. Warum sollten hier vom 21. December an keine Mahnungszinsen laufen können? Es wäre doch wunderbar, wenn die Paritionsfrist hier dem Laufe der Mahnungszinsen ein Hindernis bieten sollte, was nicht der Fall, wenn das Erkenntnis als Datum den 22. December trüge!

So hat sich denn ergeben: daß eine Klagmittheilung nur unter der Voraussetzung als Mahnung wirken kann, wenn alle Erfordernisse dieser vorliegen.

Aber die Klagmittheilung muß auch selber eine taugliche sein. Denn sonst hat der Gläubiger ein untaugliches Mittel gewählt, und kann nicht erwarten, daß dasselbe ihm die gewünschten Dienste leiste. Daß dies die Römische Auffassung war, davon haben wir uns bereits oben, § 32, überzeugt, und werden uns davon noch mehr in den folgenden Paragraphen überzeugen können. Allein, auch davon abgesehen, müßte man an diesem Satze festhalten.

So hat das gemeine Civilproceßrecht den Grundsatz: ne eat judex ultra petita partium. Eine Klagmittheilung, die als Mahnung wirken soll, muß also auch diesem Grundsatze gemäß eingerichtet sein. Ein Gläubiger, der seit der Klagmittheilung Zinsen haben will, muß sie auch in der Klage gefordert haben; hat er dies versäumt, so werden ihm keine zuerkannt [8]).

Die Zustellung der richterlichen Erlasse und so auch die Klagmittheilung ist an gewisse Formvorschriften geknüpft [9]). Wenn z. B. einem Landreiter aufgegeben ist, eine Klage dem Schuldner zuzustellen, so muß er dieses Geschäft in Person verrichten. Häufig machen es sich aber die Landreiter bequem und bitten den Krämer, wo der Schuldner oder andere aus seinem Dorfe ankehren, diese Klagmittheilung

---

[7]) Vgl. oben, § 47, S. 468, 469.

[8]) Vgl. Seuffert's Archiv XII., Nr. 91.

[9]) Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 67. Trotsche, der Mecklenburgische Civilproceß, § 96.

zu besorgen. Eine solche Klagmittheilung ist nichtig und kann auch nicht als Mahnung wirken.

Eine zur Mahnung untaugliche Klagmittheilung muß man diesem zufolge auch dann annehmen, wenn der Beklagte Einwendungen gegen den vom Kläger gewählten Gerichtsstand oder gegen die gewählte Art des Verfahrens erhebt, und in Folge dessen Abweisung der Klage bewirkt. Mommsen ist hier anderer Ansicht. Es heißt bei ihm in dieser Beziehung S. 59:

„Eine Einrede der soeben angegebenen Art kann aber selbst in den Fällen, in welchen die Interpellation durch die Mittheilung der Klage geschieht, den Vorwurf der Mora nicht abwenden, wenn es gleich in dem Verfahren, in welchem dieselbe vorgebracht wird, nicht zu einer Verurtheilung des Beklagten kommen kann."

Mit Mommsen steht ein Erkenntnis in Seuffert's Archiv, Band 20, Nr. 213, in Einklang. Hier hatte ein Gläubiger im Jahre 1857 beim Gerichte A wegen einer Forderung Klage erhoben, und seit der am 17. Mai erfolgten Klagmittheilung Mahnungszinsen verlangt, war aber wegen Unzuständigkeit des Gerichtes angebrachtermaßen abgewiesen worden. Im Jahre 1865 klagte derselbe Gläubiger beim zuständigen Gerichte B und verlangte Mahnungszinsen seit dem 17. Mai 1857; das Gericht B erkannte aber nur auf Mahnungszinsen seit der letzten Klagmittheilung, verfuhr also ganz richtig. Auf die wegen des Zinsenpunktes ergriffene Berufung erkannte indes das A. G. zu Flensburg abändernd, indem es folgenden Grundsatz aufstellte:

„In der Einleitung eines Processes gegen den Schuldner muß auch dann, wenn das Gericht, bei welchem der Proceß eingeleitet worden, unzuständig ist, eine Mahnung gefunden werden, wie sie zur Begründung der Mora erfordert wird, indem der Gläubiger durch die Anstellung der Klage bei einem, irriger Weise von ihm für zuständig gehaltenen Gerichte nicht minder, als durch die Anstellung der Klage bei dem zuständigen Gerichte seinen auf nunmehrige Zahlung gerichteten Willen — — bekundet."

An dieser Bekundung des gläubigerischen Willens zweifele ich keineswegs. Die Frage dürfte aber die sein: ob ein Schuldner Klagen, die ihm ein unzuständiger Richter zustellt, nöthig hat, zu lesen. Ich wüßte nicht anzugeben, wie man eine solche Verpflichtung begründen wollte. Ist aber ein Schuldner nicht verpflichtet, derartige Klagen zu lesen, so thut er ein Uebriges, wenn er sie wirklich liest. Dies Uebrige

stellt sich demzufolge als ein reiner Zufall dar, auf dessen Eintritt zu rechnen der Gläubiger nach den Maßnahmen, die er getroffen hatte, nicht berechtigt war, und auf dessen Eintritt er sich daher auch nicht berufen kann. Denn das kann unmöglich zu einer wirksamen Mahnung hinreichend sein, daß der Schuldner durch irgend welchen Zufall von dem Willen des Gläubigers Kunde erhält. Auch kann man sagen: die Mahnung im Wege der Klagmittheilung durch einen nicht zuständigen Richter stellt sich als eine Mahnung durch eine unpassende Persönlichkeit dar, und ist aus diesem Grunde nichtig.

So müssen also, damit eine Klagmittheilung die Stelle der Mahnung vertreten kann, sowohl die Voraussetzungen der Mahnung als der Klagmittheilung vorhanden sein.

Bei Concursen vertritt die Anmeldung die Stelle der Klage, und kann demnach auch wie diese als Mahnung benutzt werden[10]). Es kann indes fraglich erscheinen, von welchem Zeitpunkte an hier die Mahnung gerechnet werden muß: ob von dem, wo die Anmeldung bei Gericht geschieht, oder wo sie dem Schuldner mitgetheilt wird? Allein da man, wenigstens so weit es sich um Vertheilung der dermaligen Masse handelt, das Concursgericht als den Vertreter des Gemeinschuldners betrachten muß, so wird man jedenfalls in dieser Beziehung die Mahnung schon vom Zeitpunkte der Anmeldung an zu datiren haben; und da, so weit die Masse die Schuldner nicht bezahlt, der Gemeinschuldner verpflichtet bleibt[11]), wird man allgemein in der Anmeldung selber schon die Mahnung finden müssen.

Und nicht bloß im Concursprocesse, auch in andern Fällen des Liquidationsprocesses muß es gestattet sein, die Anmeldung als Mahnung zu verwenden. Z. B. wenn auf Antrag der Erben den Gläubigern des Erblassers die Anmeldung ihrer Forderungen anbefohlen wird.

§ 59.

Klagmittheilung. — Fortsetzung.

Die Wahrnehmung, daß die Klagmittheilung sich sehr wohl zur Mahnung eignen könne, ist den Römischen Rechtsgelehrten keineswegs fremd geblieben, worauf im Laufe der Untersuchung bereits mehrfach hingewiesen wurde. Zwei Stellen verdienen indes in dieser Beziehung noch besondere Beachtung.

---

[10]) Vgl. oben, § 38, S. 393.

[11]) Vgl. oben, S. 396.

fr. 32, § 1, Usuris 22, 1. — Marcianus libro quarto regularum.

Et non sufficit ad probationem morae, si servo debitoris absentis denuntiatum est a creditore procuratoreve ejus, cum etiam si ipsi, inquit, domino denuntiatum est, ceterum postea cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intellegetur.

Und es genügt nicht zum Beweise einer Mora, wenn dem Sclaven eines abwesenden Schuldners vom Gläubiger oder dessen Procurator denuncirt worden; da, sagt er, auch wenn dem Eigenthümer selber denuncirt worden, übrigens hernach, als er sich einfand, das Andrängen auf Rückforderung der Schuld unterlassen wäre, nicht sofort auf Seiten des Schuldners eine Mora angenommen werden könnte.

Meistens wird der Ausdruck denuntiare in dieser Stelle auf eine einfache Mahnung bezogen [1]). Allein unter dieser Voraussetzung ist die Stelle durchaus sinnlos. Denn wie konnte Marcian in diesem Falle irgendwie Bedenken tragen, daß eine an einen Sclaven gerichtete einfache Mahnung ungültig sei? Und wie erklärt sich die seltsame Behauptung, daß eine erfolgte Mahnung unwirksam würde, wenn der Schuldner sich eingefunden, und der Gläubiger das Andrängen unterlassen hätte?

Der Ausdruck denuntiare bezieht sich auf eine Klagmittheilung, beziehungsweise auf einen Klagmittheilungsversuch. So hat schon Asverus [2]) diesen Ausdruck hier genommen. Und darauf deutet nicht bloß der Zusatz neben dem Gläubiger procuratoreve ejus hin. Denn mit procurator bezeichnen die Römer vorzugsweise gern den zu gerichtlichen Angelegenheiten Beauftragten [3]). Der Satz „omissa esset repetendi debiti instantia" zeigt uns auch an, mit welchem besondern Verfahren wir diese Stelle in Verbindung zu bringen haben. Wir begegnen nämlich dem Ausdrucke instantia in ähnlicher Weise in

fr. 73, § 2, de judiciis 5, 1. — Ulp.

Circumducto edicto videamus an amplius reus conveniri possit, an vero salva quidem lis est, verum

---

[1]) So neuerdings auch von Wieding, der Justinianeische Libellproceß, S. 627.

[2]) Die Denunciation der Römer, S. 234.

[3]) Vgl. z. B. fr. 8 pr. de proc. 3, 3; fr. 86 Sol. 46, 3 u. v. a. m.

instantia tantum edicti periit: et magis est ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.

und schon eine oberflächliche Vergleichung überzeugt uns wohl, daß zwischen beiden Stellen eine Beziehung Statt finden muß.

Instantia heißt „Andrängen"; in beiden Stellen ist es in einem besonderen Sinne genommen und bedeutet „gerichtliches Andrängen". Instantia edicti in d. fr. 73, § 2 ist: das gerichtliche Andrängen, zu dem der Gläubiger in Folge des Edicts berechtigt war. Und omissa esset repetendi debiti instantia in unserer Stelle bedeutet: das gerichtliche Andrängen auf Rückforderung der Schuld unterlassen wäre.

Demnach ergebe sich folgender Sinn für unsere Stelle.

Soll eine wirksame Mahnung im Wege der Klagmittheilung vorgenommen werden, so genügt es nicht, wenn die Klage vom Gläubiger oder dessen Procurator dem Sclaven eines abwesenden Schuldners mitgetheilt worden. Denn wäre diese Klagmittheilung auch dem Schuldner selber gegenüber vorgenommen, der Gläubiger aber hernach gar nicht vor Gericht erschienen, während sich der Schuldner hier einfand; so könne man nicht sagen, daß die Klagmittheilung sofort als Mahnung wirksam gewesen sei.

Der Gedankengang Marcian's, rückwärts angefangen, ist also dieser. Ob eine Klagmittheilung als Mahnung wirkt, kann man sofort im Augenblick, wo dieselbe vorgenommen wird, noch gar nicht wissen. Es hängt davon ab, ob diese Klagmittheilung auch von Bestand bleibt. Nun könnte es ja aber sein, daß der Kläger im angesetzten Termine ausbliebe, der Beklagte aber erschiene. Dann müßte Freisprechung von der Instanz erfolgen [4]), damit fiele die Klagmittheilung zusammen; und eine untaugliche Klagmittheilung kann auch als Mahnung keine Wirkungen äußern. Ist dieses aber schon richtig, wenn dem Schuldner selber denuncirt worden, so muß es um so mehr zutreffen, wenn die Denunciation in Abwesenheit des Schuldners dessen Sclaven gegenüber vorgenommen würde.

Gesetzt aber, der Kläger wäre in dem Termine erschienen und hätte eine Verurtheilung erwirkt; dann hätte die Klagmittheilung jedenfalls in dem Falle als Mahnung wirksam sein müssen, wo sie dem Schuldner selber gegenüber vorgenommen wäre. Wie aber verhielt es

---

[4]) Vgl. oben, § 32.

sich hier, wenn statt des abwesenden Schuldners dem Sclaven denuncirt war? Man hätte vielleicht von Marcian erwartet, daß er auf diese Frage näher eingegangen wäre. Allein wie Marcian in dieser Beziehung dachte, darüber können wir kaum zweifelhaft sein, wenn wir unsere Stelle in Zusammenhang mit fr. 32 pr. Us. betrachten und bei der Entwicklung des Marcian'schen Gedankenganges von vorne anfangen.

Marcian stellt im Principium unsers Fragmentes den Satz auf, daß die technische mora nicht ex re, sondern ex persona geschehe. Daran knüpft er in § 1 die Bemerkung, daß auch eine Klagmittheilung, die in Abwesenheit des Schuldners, vielleicht dem Sclaven desselben gegenüber vorgenommen werde, als Mahnung unmöglich wirksam sein könne. Daran sei um so weniger zu zweifeln, als ja eine Klagmittheilung, dem Schuldner selber gegenüber vorgenommen, mitunter hinfällig, und damit zur Mahnung untauglich werde.

Nun ist es aber doch ein eigen Ding. Es wird eine Klagmittheilung versucht. Der Schuldner ist abwesend. In Folge dessen wird sie dem Sclaven gegenüber vorgenommen. Das ist eine durchaus zulässige Handlung. Gerade so wie wenn heutzutage der Gerichtsdiener den Schuldner nicht zu Hause trifft, und die Klage den Hausgenossen zustellt. In Folge einer solchen Klagmittheilung kann ein Schuldner in aller Form Rechtens verurtheilt werden. Wie wird es indes, wenn in einem solchen Falle der Gläubiger von der Klagmittheilung an Mahnungszinsen gefordert hat? Hier ist die Lücke, auf die wir schon mehrmals gestoßen sind[5]); die auszufüllen Marcian noch kein Bedürfnis empfunden zu haben scheint; in welcher Beziehung wir aber, wie unten noch gezeigt werden soll, von Ulpian besser bedient werden.

Diesem allem zufolge unterliegt es wohl keinem gegründeten Bedenken, den Ausdruck denuntiare in unserer Stelle auf eine Klagmittheilung, bezw. einen Klagmittheilungsversuch zu beziehen. Und wenn wir ferner nicht umhin können, uns unsere Stelle in Beziehung zu fr. 73, § 2 de judiciis zu denken; so ist sie andrerseits wiederum geeignet, auf das Verfahren, wovon d. fr. 73, § 2, handelt, einiges Licht zu werfen. Darüber jetzt noch ein paar Bemerkungen.

Die drei regelmäßigen Handlungen, welche in Rom einen Rechtsstreit einleiteten, waren in jus vocatio, vadimonium und Privat=

---

[5]) Vgl. z. B. oben, S. 232.

denunciation[6]). Alle drei setzten aber die Gegenwart des Zubeklagenden voraus, und versagten ihren Dienst, wenn derselbe einfach abwesend und nicht zu treffen war.

Das alte Civilrecht ließ hier den Gläubiger schutzlos. Im Laufe der Zeit schritt aber der Prätor in der Weise ein, daß er den Klagewollenden in das Vermögen des Zubeklagenden einwies, um auf diese Weise denselben mittelbar zum Erscheinen zu zwingen[7]).

Nun ist, abgesehen davon, daß sie nicht einmal unmittelbar zum Ziele führte, eine solche Vermögenseinweisung ein sehr unbeholfenes Mittel. Man denke sich einmal, wenn heutzutage jede Einleitung eines Processes Gegenwart des Zubeklagenden zu ihrer Voraussetzung haben, und im Falle einfacher Abwesendheit des Schuldners der Gläubiger drauf beschränkt sein sollte, sich in dessen Wohnung mehr oder weniger häuslich einzurichten: ein solcher Zustand wäre doch gar nicht zu ertragen. Deshalb scheint es auch kaum glaublich zu sein, daß in Rom bis zu den Zeiten der klassischen Juristen, und gar drüber hinaus, dem Gläubiger einem abwesenden Schuldner gegenüber kein anderes Mittel sollte zu Gebote gestanden haben. Hier griff vielmehr das Verfahren ein, auf das sich d. fr. 73, § 2, de judiciis bezieht, und das wir uns ein wenig näher betrachten müssen.

fr. 68 de judiciis 5, 1. — Ulp.

> Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum

fr. 69 eodem.

> per intervallum non minus decem dierum

fr. 70 eodem.

> et tertium: quibus propositis tunc peremptorium impetret.

Was heißt post absentiam? Nehmen wir den Ausdruck absentia in seinem einfachen und natürlichen Sinne, und lassen wir uns nicht durch vorgefaßte Meinungen beeinflussen; so werden wir sagen müssen: post absentiam heißt „nach der Abwesendheit". Und ehe ich überall abweichende Ansichten berücksichtige, will ich kurz angeben, wie ich mir die Sache denke.

---

[6]) v. Keller, Civilproceß § 49.

[7]) Hartmann, Contumazialverfahren, § 2; fr. 21, § 2, ex quib. caus. maj. 4, 6.

Der Gläubiger hatte versucht, seinen Schuldner vor Gericht zu bringen, beziehungsweise ihm die Klage mitzutheilen; er hatte ihn aber nicht angetroffen. Mag man nun annehmen, daß er sich der in jus vocatio oder der Privatdenunciation bedienen, oder Eingehung eines Vadimonium verlangen wollte: alles einerlei. Darauf, also post absentiam adversarii, wendet er sich an den Prätor und bittet um Einleitung des hier in Frage stehenden Verfahrens; das man besser daran thäte, Abwesendheitsverfahren, als Contumazialverfahren zu nennen.

In welcher Weise dann der Prätor verfuhr, ersehen wir genauer aus:

Paulus R. S. V, 5a, § 7:

> Trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denuntiatione conventus nisi ad judicem, ad quem sibi denuntiatum est, aut cujus litteris vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet: quinimmo nec appellari potest ab ea.

Also, je nach Gestalt der Sache [8]), ließ dann der Prätor den Beklagten, ein= oder dreimal, sei es durch Schreiben, Anschlag oder Denunciation, laden.

Aber eben hatten wir gesehen, daß die Denunciation ihren Dienst versagte, und jetzt versucht der Prätor es auf's neue mit derselben?

Allein die Denunciation, welche der Prätor zuließ, unterschied sich von der Privatdenunciation dadurch, daß sie die Gegenwart des Beklagten nicht zu ihrer Voraussetzung hatte. Sie konnte auch den Hausgenossen gegenüber vorgenommen, ja selbst an's Grundstück angeheftet werden; und war also bei Abwesendheit des Schuldners sehr gut zu gebrauchen. Vgl. z. B.:

fr. 4, § 5, de damno infecto 39, 2. — Ulp.

> sed „domum, in quam degit, denuntiari“ sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur. quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori ejus vel certe inquilinis.

Wollen wir dann weiter wissen, wie solche prätorische Denun=

---

[8]) Vgl. fr. 72, de judiciis 5, 1.

ciation ausgesehen haben mag, so werden wir sie uns jedenfalls als etwas Schriftliches zu denken haben: denn ein Monolog, dem Grundstücke gegenüber gehalten, hätte vernünftigerweise keinen Sinn gehabt. Und dieses Schriftliche wird vermuthlich die Klage mitenthalten haben, so daß eine solche Denunciation, falls sie dem Beklagten vor die Augen kam, gleichzeitig eine Klagmittheilung, mindestens aber ein Klagmittheilungsversuch war. Und wie heutzutage, wenn der Gerichtsdiener die Klage, in Abwesendheit des Schuldners, dessen Hausgenossen zustellt, oder in seiner Wohnstube niederlegt, oder, was selten vorkommt, an dessen Wohnung annagelt; der Schuldner von der Klagmittheilung, wie der damit verbundenen Ladung fast immer Kenntnis erhalten wird: so wird auch wohl eine solche Römische Denunciation dem Schuldner so leicht nicht unbekannt geblieben sein. Uebrigens scheint in Rom der Gläubiger selber sich diese Denunciation besorgt zu haben, nachdem er hierzu vom Prätor ermächtigt war [9]). Dies dürfte daraus folgen, weil die Sache mitunter so dargestellt wird, als ob diese Denunciation vom Kläger ausginge. Vgl. z. B.:

fr. 20, § 11, H. P. 5, 3.

a quo denuntiatum est senatus non exigit.

v. Bethmann-Hollweg [10]) bemerkt in dieser Beziehung:

„Wahrscheinlich legitimirte sich der Ueberbringer durch den subscribirten Libellus, insofern er die Sache durch einen solchen angebracht hatte."

Das weitere Verfahren hing von dem Verhalten der streitenden Theile ab. Kamen beide, so hatte dies Abwesendheitsverfahren seinen Zweck erreicht, und es konnte in gewöhnlicher Weise procedirt werden. Kam nur der Beklagte, so trat Freisprechung von der Instanz ein [11]). Kam nur der Kläger, so untersuchte der Prätor die Sache und sprach das Erkenntnis, jedoch nicht nothwendig zu Gunsten des gegenwärtigen Klägers [12]).

Lag aber in diesem Verfahren nicht eine große Härte für den Beklagten? Er wurde vielleicht verurtheilt, ohne daß er von dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren die geringste Ahnung hatte? Oder seine Abwesendheit war vielleicht durch Krankheit oder dringende Staats-

---

[9]) Vat. Fr. § 167 „ex auctoritate."

[10]) Der Römische Civilproceß, Bd. II., S. 774, Anm. 90.

[11]) fr. 73, § 1, 2, de judiciis 5, 1.

[12]) fr. 73 pr. eodem.

geschäfte geboten? Oder der Kläger hatte alles, was er vorgebracht, rein aus der Luft gegriffen?

Daß hier Härten vorkommen konnten, soll nicht geleugnet werden. Aber das ist heutzutage alles ebensogut möglich, ohne daß sich diese Härten in Praxi sonderlich bemerkbar machten.

Ferner hatte das Römische Recht hier noch verschiedene Linderungsmittel.

So war in diesem Falle die Appellation dem Beklagten nur dann versagt, wenn er wirklich ungehorsam gewesen [13]), also die Klagmittheilung und Ladung ihm gar nicht geworden war [14]).

Ferner behielt sich der Prätor darüber freies Ermessen vor: ob er auf Grund eines solchen Abwesendheitserkenntnisses eine actio judicati, beziehungsweise Executionsantrag, zulassen wollte oder nicht [15]).

Nun sind aber die Gelehrten über die Voraussetzungen des Verfahrens, mit dem wir uns soeben beschäftigt haben, keineswegs einerlei Meinung.

Hartmann a. a. O. S. 169, 170 meint z. B.:

„In denjenigen Fällen nun, in welchen die Ladung unstatthaft ist, fällt mit der Unstatthaftigkeit der Ladung auch die Möglichkeit des Contumazialverfahrens hinweg. Diese Voraussetzung einer vorgängigen Ladung ist es, welche meines Erachtens den, bereits S. 127 erwähnten Ausdrücken der

L. 68 D. de judiciis 5, 1.

post absentiam adversarii,

und der

L. 70 D. ibid:

quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari

zum Grunde liegt. Dieselbe unterscheidet das Gebiet des Contumazialverfahrens sehr bestimmt von dem Falle der einfachen Absentia; in letzterem wird der Kläger immer noch auf die missio in bona verwiesen bleiben."

Allein der Ausdruck post absentiam in d. fr. 68 ist wahrlich

---

[13]) fr. 73, § 3, de judiciis 5, 1.

[14]) Vgl. fr. 23, § 3, de app. 49, 1; fr. 1, § 3, quae sent. sine app. 49, 8; fr. 53, § 2, 3, de re jud. 42, 1.

[15]) fr. 75, de judiciis 5, 1.

nicht geeignet, uns von der Voraussetzung einer vorgängigen Ladung zu überzeugen. Wer abwesend wurde, muß allerdings einmal gegenwärtig gewesen sein; es ist nur nicht nöthig, daß er während seiner Gegenwärtigkeit von einer Ladung erreicht wurde.

Hartmann meint auf S. 127:

„Denn wäre an einen Fall der einfachen Absentia gedacht, so würde es wohl kurzweg absente adversario heißen, und ebensowenig würde alsdann von einem tergiversari die Rede sein."

Allein absente adversario heißt etwas anderes als post absentiam. Der eine Ausdruck würde voraussetzen, daß die Abwesendheit noch andaure, und mag deshalb absichtlich vermieden sein; während bei post absentiam die Abwesendheit zu der Zeit, wo dieses Verfahren eingeleitet worden, auch schon wieder hätte aufgehört haben können. Man denke sich einmal einen Fall, wie er z. B. in fr. 22 pr. ex quib. caus. maj. 4, 6 vorkommt. Es will jemand zur Klage schreiten, kann aber den Zubeklagenden nicht antreffen, und läßt hierüber eine von Zeugen unterschriebene Urkunde aufnehmen. Diese Urkunde sei am 26. September ausgestellt, als aber der Klagenwollende beim Prätor um Einleitung des Abwesendheitsverfahrens bittet, ist bereits der 1. October herangekommen. Hier ist der Prätor verpflichtet, auf Grund der ihm vorgelegten Urkunde das Abwesendheitsverfahren einzuleiten. Denn der Kläger hat nachgewiesen, daß der Zubeklagende am 26. September abwesend war; er braucht nicht nachzuweisen, daß er es noch am 1. October ist. Der Zubeklagende hätte am 1. October möglicherweise auch schon wieder von seiner Reise zurück sein können, das wäre für dies Verfahren auch kein Hinderniß gewesen. Denn es war dies Verfahren nicht erfunden worden, um über einen Abwesenden Nachtheile zu verhängen; es war dem Prätor vielmehr darum zu thun, daß der Zubeklagende von der Ladung wirklich erreicht wurde.

Ebenso wenig nun wie die Ausdrucksweise post absentiam, kann uns das Wort tergiversari in d. fr. 70 irre machen. Tergiversari heißt eigentlich „den Rücken zukehren". Nun paßt diese Bezeichnung doch mindestens ebenso gut auf den, der mir fortwährend den Rücken zukehrt, als auf jemand, der mir erst sein Antlitz zeigte und darauf Kehrt machte. Der eine ist nicht minder ein Rückenzukehrer, wie der andere[16]. Dazu kommt, daß dieses Wort in der fraglichen Stelle

[16]) Vgl. Wieding, Libellproceß, S. 477.

schwerlich in eigentlicher, sondern in der mehr abgeleiteten Bedeutung „zögern, zaudern" zu nehmen ist.

Dann spricht aber gegen Hartmann entschieden:

fr. 73, § 3, de judiciis 5, 1.

Sciendum est, ex peremtorio absentem condemnatum, si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus audietur.

Es müssen also doch immer Fälle möglich gewesen sein, wo unser Verfahren Statt fand, ohne daß der Schuldner contumax war.

Ferner ist mir unklar geblieben, in wie fern die Voraussetzung einer vorgängigen Ladung das Gebiet dieses „Contumazialverfahrens" von dem Falle der einfachen Absentia sehr bestimmt abgrenzen soll. Denn contumax ist nur, wer einer obrigkeitlichen Ladung keine Folge leistet, qui jus dicenti non obtemperant [17]). Wer also eine in jus vocatio oder Privatdenunciation unbeachtet ließ, war im Römischen Sinne gar nicht contumax.

Endlich waren mit der contumacia andere Nachtheile verknüpft, als mit unserm Verfahren. Denn contumacia hatte bei persönlichen Klagen, und auf dieses Gebiet wird unser Abwesenheitsverfahren beschränkt gewesen sein, Sachverlust zur Folge [18]). Freilich konnte unser Abwesenheitsverfahren leicht die Voraussetzung der contumacia annehmen, wenn nämlich die Ladung den Beklagten wirklich erreichte, und er gleichwohl nicht kam. Daß dieses eintrat, war sicherlich die Regel, aber keineswegs nöthig, wie von Ulpian in dem mehr besprochenen fr. 73, § 3, de jud. sehr bestimmt hervorgehoben wird.

Gegen Hartmann hat sich auch Wieding [19]) erklärt. Derselbe macht die Denunciation, mittelst der unser Abwesenheitsverfahren außer durch Edict und Literä eingeleitet werden konnte, und die er Denunciatio ex auctoritate nennt, a. a. O. S. 699 [20]), von folgenden Voraussetzungen abhängig:

„Die Denunciatio ex auctoritate wird erlassen, wenn der Kläger den Beweis erbringt, daß a parte rei Niemand vorhanden sei, dem denunciirt werden könne, oder wenn der Beklagte verbannt ist, oder

---

[17]) fr. 53 pr. de re judicata 42, 1.

[18]) fr. 53 pr. eodem.

[19]) Libellproceß, S. 477.

[20]) Vgl. auch Wieding in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. XII., S. 255 fgg.

schon auf die Denunciatio ex jure actoris latitirt hat, ohne daß sich ein Defensor im Termin eingefunden hätte, oder wenn die Erbschaft ohne Erben ist. In diesen Fällen kann sofort in contumaciam procedirt werden."

Ich will es dahingestellt sein lassen, ob sich diese Sätze alle in dieser Weise und mit dieser Bestimmtheit, wie Wieding sie aufgestellt hat, beweisen lassen; es kann hier nicht der Ort sein, die Wieding'sche Beweisführung im einzelnen zu prüfen; namentlich bin ich mit seiner Erklärung und Interpunction von Vat. fr. § 167, wo die Schlußworte ein „Emblem des Compilators der Vaticanischen Fragmente" sein sollen[21]), nicht einverstanden; auch war das hier in Betracht kommende Verfahren gar nicht nothwendig ein Contumazialverfahren: in dem Punkte aber, glaube ich, wird man Wieding Recht geben müssen, daß dieses Verfahren schon bei einfacher Abwesenheit des Schuldners eingeleitet werden konnte, und auf diesen Punkt kam es mir allein an.

Und wenn es kaum zu bezweifeln sein dürfte, daß unser fr. 32, § 1, Usuris zu diesem Verfahren in Beziehung steht, so wird durch diese Stelle in dieser Hinsicht Folgendes bewiesen.

Marcian sagt: es genüge nicht zur Mora, si servo debitoris absentis denuntiatum est. Dieser Ausspruch des Marcian setzt voraus, daß es dem Schuldner gegenüber vorher jedenfalls nicht zur Klagmittheilung gekommen sein konnte, denn dann wäre ja schon hierdurch eine Mora begründet gewesen. Wenn es aber noch nicht zur Klagmittheilung gekommen war, so wird auch wohl eine vorgängige Ladung unterblieben sein. Denn da das edere actionem bei den Römern auch außergerichtlich geschehen konnte, und die Handlungen, welche den Proceß einleiteten, gewöhnlich ebenfalls außergerichtliche waren: so werden Ladungen ohne ein gleichzeitiges edere actionem wohl kaum vorgekommen sein. Unter dieser Voraussetzung würde aber unsere Stelle beweisen, daß das mehr besprochene Verfahren schon bei bloßer Abwesenheit des Schuldners möglich war.

Wenn dann aber dies Verfahren einmal im Gange war, wurde es dadurch nicht gehemmt, daß der Schuldner sich wieder einfand. Denn aus den Worten „etiamsi ipsi, inquit, domino denuntiatum est" ersehen wir, daß eine für den abwesenden Schuldner erbetene und vom Prätor genehmigte Denuntiatio auch einem anwesenden Schuldner gegenüber wirksam war.

[21]) Wieding, Libellproceß, S. 297, 298.

Und weil eine solche Denunciation als Mahnung sollte wirken können, müssen wir annehmen, daß sie mit Klagmittheilung verbunden war; denn eine bloße Ladung war hierzu nicht tauglich. Auch wird nur unter der Voraussetzung, daß mit dieser Denunciation eine Klage verbunden war, erklärlich: weshalb Marcian darüber zweifelhaft sein konnte, ob eine solche Denunciation, dem Sclaven eines abwesenden Schuldners gegenüber vorgenommen, als Mahnung in Betracht kommen könne.

§ 60.

Klagmittheilung. — Schluß.

Die andere in diesem Zusammenhange noch zu erörternde Stelle ist fr. 23 pr. Usuris 22, 1. — Ulpianus.

Sed et si rei publicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit.	Aber auch wenn er in Staatsangelegenheiten so plötzlich verreisen mußte, daß er mit seiner Vertheidigung niemand beauftragen konnte, wird man nicht annehmen können, daß er sich in Verzug befinde; oder wenn er gerade in Haft gebracht, oder zum Kriegsgefangenen gemacht wurde.

Die Umgebung dieser Stelle kennen wir schon [1]). Die ganze Partie ist dem Dotalrecht entnommen.

Auch wissen wir schon, daß und weshalb sich die Römer bei Rückforderung einer Mitgift zur Mahnung gerne der Klagmittheilung bedienten [2]). So bezieht sich denn auch diese Stelle auf eine Klagmittheilung.

Unser Fragmentum ist aus demselben Buche des Ulpian'schen Edictcommentares, wie fr. 21 de usuris, und von diesem nur durch ein kleines, von Paulus herrührendes, Einschiebsel getrennt. Wir dürfen daher wohl annehmen, daß beide Stellen von Ulpian ursprünglich im Zusammenhange geschrieben wurden. Demgemäß werden wir uns denn die Sachlage in unserer Stelle ähnlich wie in d. fr. 21 zu denken

[1]) Vgl. oben, § 32, 33.
[2]) Vgl. oben, § 33, S. 349.

haben. In dieser Beziehung sahen wir nun bereits [3]): daß in d. fr. 21 der Gläubiger zum Processe schreiten will, und vom Schuldner vielleicht Eingehung eines Vadimonium begehrte. Der Schuldner will aber nicht recht, und sucht den Gläubiger zu veranlassen, daß er seine Klagmittheilung wieder zurücknimmt. Und Ulpian bemerkt, daß nicht jedes derartige Vorbringen von Seiten des Schuldners unbeachtlich sei.

Nun fährt Ulpian in unserer Stelle so fort. Aber auch wenn der Schuldner in Staatsangelegenheiten so plötzlich verreisen mußte, daß er sich keinen Vertreter besorgen konnte; oder wenn er gerade in Haft gebracht, oder zum Kriegsgefangenen gemacht wurde: dann könne ebenso wenig die Klagmittheilung als wirksame Mahnung in Betracht kommen. In allen diesen Fällen hatte nämlich der Schuldner, von dem vielleicht Eingehung eines Vadimonium gefordert wurde, nicht nöthig, dem Begehren des Gläubigers Folge zu leisten. Und da die Mora mit der Klagmittheilung stand und fiel, fällt Ulpian den Ausspruch: moram facere non videbitur.

Denn daß in den angegebenen Fällen der Schuldner nicht nöthig hatte, Vadimonium einzugehen, lehren uns folgende Stellen.

fr. 6 Si quis cautionibus 2, 11. — Gajus.

> Si is qui fidejussorem dedit ideo non steterit, quod rei publicae causa afuit: iniquum est fidejussorem ob alium necessitate sistendi obligatum esse, cum ipsi liberum esset non sistere.

fr. 4, § 1 eodem. — Ulpianus.

> plane si vinculis vel custodia militari impeditus ideo non stetit, in ea erit causa, ut exceptione utatur.

fr. 4, § 3 eodem. — Ulpianus.

> Item si quis in servitute hostium fuerit ac per hoc in judicium non stetit, debet exceptione adjuvari.

Hier haben wir genau: unsern in Staatsangelegenheiten Verreisten, unsern in Haft Gebrachten, wie unsern Kriegsgefangenen. Und die Stellen sagen: daß solche ein eingegangenes Versprechen, vor Gericht sich zu stellen, nicht zu halten brauchen. Die Stellen beweisen sogar mehr, als wir nöthig haben: denn wenn Schuldner, welche in eine solche Lage kamen, ein bereits eingegangenes Vadimonium unbeachtet lassen konnten; so wird man um so weniger von Schuldnern,

---

[3]) Vgl. oben, § 33, S. 346 fgg.

denen die Eingehung eines Vadimoniums erst angesonnen wird, verlangen können: daß sie sich darauf einlassen, wenn plötzlich ein solcher Umstand eintritt.

Die Stelle enthält also folgenden Satz: will ein Gläubiger auf dem Wege der Klagmittheilung mahnen, so muß die Lage so beschaffen sein, daß er zu einer Klagmittheilung berechtigt war.

Freilich ist die Annahme, daß der Gläubiger gerade durch Eingehung eines Vadimoniums versucht habe, den Proceß einzuleiten, eine willkürliche. Allein diese Art, den Proceß einzuleiten, war zu Ulpian's Zeit eine sehr gebräuchliche [4]). Und irgend einer Einleitungsart muß der Klagenwollende sich doch bedient haben. Auch wäre nicht einzusehen: warum die nämlichen Gründe, welche dem Schuldner in einem Falle zur Seite gestanden hätten, um sich einer Klagmittheilung zu erwehren, sich bei andern Einleitungsarten weniger wirksam erwiesen haben sollten.

Da möchte man dann wieder einwenden: es sei ebenfalls eine willkürliche Unterstellung, daß es bereits zur Klagmittheilung gekommen sei. Vielleicht war die Einleitung zum Processe so weit noch gar nicht gediehen, als in unserm Falle der Schuldner in Staatsangelegenheiten verreisen mußte u. s. w.

Allein wenn wir uns die drei gewöhnlichen Proceßeinleitungsarten ansehen, so pflegt man doch für die Privatdenunciation anzunehmen, daß mit derselben eine genauere Bezeichnung der Streitsache verbunden sein mußte [5]). Und da beim Vadimonium der Schuldner auf den Fall des Nichterscheinens ordentlicher Weise eine bestimmte Summe zu versprechen hatte, deren Betrag sich theils nach der Art der Klage, theils nach der Größe des Streitgegenstandes richtete [6]): so liegt schon hierin, daß ein Gläubiger, welcher Eingehung eines Vadimoniums begehrte, den Anspruch, den er klagend geltend zu machen gedachte, nicht verschweigen durfte [7]). Was dann die in jus vocatio anbetrifft, so behauptet zwar v. Keller [8]), daß der Kläger hier von Altersher zur

---

[4]) Vgl. Hartmann, Contumazialverfahren, S. 223—231.

[5]) v. Keller, Civilproceß, § 48.

[6]) v. Keller, Civilproceß, § 47.

[7]) Vgl. fr. 5 de exc. rei jud. 44, 2 und dazu Bethmann-Hollweg in seiner Recension von Keller's Litiscontestation in der Tübinger Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Bd. V., S. 85.

[8]) v. Keller, Civilproceß, § 47.

gleichzeitigen Bezeichnung seines Anspruches nicht verbunden war, diese vielmehr erst in jure erfolgen mußte. Von andern ist dem widersprochen worden [9]). Ich glaube nun, daß v. Keller mit seinem einen Satze Recht hat, mit dem andern aber Unrecht. Allerdings wird eine einfache Vocation an sich genügt haben; aber daraus folgt nur nicht, daß eine Bezeichnung des Anspruches erst in jure geschehen mußte. v. Keller [10]) sagt ja selber: daß der Vocatus der Nothwendigkeit, in jus zu folgen, sich von Altersher dadurch entziehen konnte, daß er sich sofort mit dem Kläger verständigte, oder ihm einen Vindex stellte [11]). Das Verständigen, bezw. das Stellen eines Vindex setzt aber voraus, daß der Zubeklagende weiß, um welchen Anspruch es sich handelt. Der Schuldner konnte also verlangen, daß der Gläubiger ihm diesen Anspruch offenbarte. Und kam der Gläubiger diesem Verlangen nicht nach, so wurde die an sich wirksame Vocation unwirksam. Mit andern Worten: die Vocation hatte an sich die Edition der Klage nicht zu ihrer Voraussetzung; der Vocirte konnte aber diese Edition verlangen; und stellte er ein solches Verlangen, so brauchte er nicht eher einen Fuß anzusetzen, als bis der Klagenwollende demselben entsprochen hatte. Qua quisque actione agere volet, eam edere debet [12]) galt in so fern also auch sofort von dem in jus vocans. Denn wie es in dem bereits angeführten fr. 5, § 1, qui satisdare heißt: quia sane non quaelibet injuria est duci in jus eum, qui satis idoneum fidejussorem det. Und ganz abgesehen von einer solchen Verpflichtung des in jus vocans — was für ein Grund konnte ihn denn vernünftiger Weise dazu veranlassen, auf seinem Gange mit dem Vocatus zum Prätor neben seinem Begleiter als stumme Gestalt einherzutrollen? Ein Wort gibt das andere: die Klagmittheilung wird sich hier ganz von selber gemacht haben.

Diese Klagmittheilung mag man sich nun so unförmlich oder förmlich denken, wie man will; jedenfalls muß es gestattet gewesen sein, dieselbe, wenn es zur Verhandlung vor dem Prätor kam, zu er-

[9]) So von Bekker, processualische Consumption, S. 99 fgg.

[10]) Civilproceß, § 46.

[11]) fr. 22, § 1, de in jus vocando 2, 4; fr. 5, § 1, qui satisdare cog. 2, 8.

[12]) fr. 1 pr. de edendo 2, 13.

gänzen. Dies ergibt sich daraus, daß bis dahin sogar eine Klagänderung zugelassen wurde [13]).

So wird denn der Römische Proceß, so gut wie der heutige, dem Beklagten gegenüber mit einer Klagmittheilung begonnen haben; und diese Römische Klagmittheilung war, so gut wie die heutige, dazu geeignet, als Mahnung zu wirken.

Jedenfalls muß es aber in unserer Stelle bereits zur Klagmittheilung gekommen sein, da dieselbe nur ausnahmsweise nicht als Mahnung wirken soll; eine in jus vocatio ohne Klagmittheilung wäre hierzu aber nie tauglich gewesen.

Was dann die einzelnen Fälle anbetrifft, in denen nach unserer Stelle die Klagmittheilung hinfällig werden soll, so begreift das Reipublicae causa abesse die im Dienst befindlichen Soldaten, wie auch Civilbeamten aller Art [14]). Unter dem in vinculis esse sind alle ihrer Freiheit Beraubte zu verstehen, ohne Unterschied, ob sie gefesselt oder bloß eingesperrt sind, ob sie vom Staat, von einer Stadtbehörde, von mächtigen Privatpersonen, oder von Räubern gefangen gehalten werden [15]). Bei dem in hostium potestate esse ist vorzugsweise an die Civilpersonen zu denken, die bei einem feindlichen Einfall in das Römische Gebiet von den Feinden in Gefangenschaft abgeführt wurden [16]).

Uebrigens interessiren uns die einzelnen Fälle weniger, als das Princip, welches sich in denselben ausspricht. Denn welche Klagmittheilung als tauglich, welche als untauglich zu betrachten: darüber entscheiden heutzutage die heutigen Proceßrechte.

Mommsen hat ganz richtig gesehen, daß sich diese Stelle auf eine Klagmittheilung beziehen müsse, erklärt sie aber viel zu engherzig. Er sagt hierüber S. 58:

„Die Stelle dürfte sich vielmehr auf folgende Weise erklären. Wenn der Beklagte sich auf die gegen ihn angestellte Klage gar nicht einläßt, sondern beharrlich contumax bleibt, so wird, falls der Kläger sein Klagerecht erweist, im Zweifel anzunehmen sein, daß

---

[13]) Vgl. fr. 5 de exc. rei jud. 44, 2; fr. 112 pr. V.O. 45, 1; fr. 22, § 4, de nox. act. 9, 4; fr. 13, § 1, Jud. solvi 46, 7.

[14]) fr. 33, § 2, fr. 35 pr. § 3—6, fr. 38 pr.; fr. 7 ex quib. caus. majores 4, 6. v. Savigny, System, Bd. VII., S. 170.

[15]) fr. 9, 10 ex quib. caus. maj. 4, 6. v. Savigny a. a. O. S. 171.

[16]) fr. 14, 15 pr. § 1 ex quib. caus. maj. 4, 6. v. Savigny a. a. O. S. 171, 172.

der Schuldner seine Einwendungen gegen die Klage vorzubringen gewußt habe, mithin durch die Mittheilung der Klage in Mora versetzt sei. Dies soll nicht gelten, wenn er auf die in L. 23 pr. D. cit. angegebene Weise verhindert war, u. s. w."

Allein in der Stelle spricht sich ganz einfach folgender Gedanke aus: daß eine an sich untaugliche Klagmittheilung auch zur Mahnung nicht tauglich sei. Und dieser Gedanke steht auch den Sätzen ziemlich fern, die Mommsen anderswo mit Hülfe unserer Stelle hat beweisen wollen [17].

§ 61.
Surrogate der Mahnung.

Unmittelbar nach der eben besprochenen Stelle fährt Ulpian so fort fr. 23, § 1, Usuris 22, 1.

Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur.	Bisweilen pflegt erkannt zu werden, daß auch in der Sache selber ein Verzug liege, wenn etwa der, welcher verklagt werden soll, nicht da ist.

Im Principium dieser Stelle hatten wir es mit einem Schuldner zu thun, der sich an die Klagmittheilung nicht zu kehren brauchte, dem in dieser Beziehung besondere Entschuldigungsgründe zur Seite standen. Hier beschäftigt sich Ulpian nun mit einem Fall, wo die beabsichtigte Klagmittheilung den Schuldner gar nicht erreicht, weil derselbe abwesend ist. Ulpian sagt: bisweilen pflege in solchen Fällen erkannt zu werden, daß in der Sache selber ein Verzug liege.

Hier haben wir also wieder ein Erkenntnis in Abwesendheit des Schuldners. Auch diese Stelle beweist also, daß man bereits zu Ulpian's Zeit ein eignes Abwesendheitsverfahren haben mußte, und sich keineswegs, wie Hartmann meint [1]), bei einfacher Abwesendheit des Schuldners mit der unbeholfenen Vermögenseinweisung behalf.

Und welcher Art dieses Abwesendheitsverfahren war, haben wir gleichfalls schon gesehen. Nehmen wir also die erforderlichen Vorbereitungshandlungen als geschehen an, und denken wir uns einen Prätor,

---

[17]) Unmöglichkeit der Leistung, S. 28, Anm. 3, und Mora, S. 63.

[1]) Contumazialverfahren, S. 169, 170.

der in Gemäßheit von fr. 73 pr. de judiciis 5, 1 einem abwesenden Beklagten gegenüber ein Erkenntnis fällen soll.

Er finde: daß der verklagte Schuldner in der That die geforderten 100 schuldig war, denn der Kläger hatte ihn hiervon durch die bündigsten Urkunden überzeugt. Nun will aber der Gläubiger nicht bloß die reinen 100, er will auch Mahnungszinsen haben; und zwar sollte ihm die Klagmittheilung gleichzeitig als Mahnung dienen, zu dieser Klagmittheilung war es aber wegen der Abwesendheit des Schuldners nicht gekommen.

Auf einen Fall dieser Art müssen wir unsere Stelle beziehen, was auch Mommsen, S. 74, 75, annimmt. Freilich war es nach Römischem Proceßrecht möglich, daß auch Mahnungszinsen allein eingeklagt werden konnten: man brauchte der Forderung ja nur eine Präscription, etwa von der Fassung „ea res agatur ad usuras solas petendas" vorzusetzen[2]). Allein dann mußte der Klage doch immer schon eine Mahnung vorangegangen sein; und dann bedurfte es einer besondern mora in re nicht. War aber die Mahnung noch nicht vorangegangen, und sollte sie erst durch die Klagmittheilung herbeigeführt werden; dann mußte der Gläubiger seine Klage auch mit auf die Hauptforderung erstrecken.

So kann uns denn diese Stelle zweierlei lehren. Einmal sehen wir, daß es zur Einleitung des Verfahrens, von welchem d. fr. 73 pr. de jud. 5, 1 handelt, keinenfalls einer vorgängigen Ladung bedurfte. Es muß vielmehr ein bloßer Ladungs- beziehungsweise Klagmittheilungsversuch genügt haben. Denn wäre es zu einer wirklichen Klagmittheilung bereits gekommen, so war ja damit eine mora ex persona bereits gegeben, es bedurfte also keiner mora in re mehr.

Ferner wissen wir jetzt auch, wie wir die Lücke auszufüllen haben, auf die wir bereits mehrfach gestoßen sind[3]). Wenn nämlich ein Gläubiger eine Klagmittheilung als Mahnung benutzen will, es aber wegen Abwesendheit des Schuldners beim bloßen Klagmittheilungsversuch sein Bewenden haben mußte, der Richter aber gleichwohl das Verfahren einleitet, und schließlich in die Lage kommt, dem Kläger seine Forderung, sei es nun ganz oder theilweise, zuerkennen zu müssen: wie wird es dann mit den etwa geforderten Mahnungszinsen? Eine wirkliche Mah-

[2]) Vgl. fr. 23 de exc. rei judicatae 44, 2 und dazu v. Keller, Litiscontestation, S. 536.

[3]) Vgl. z. B. oben, S. 569.

nung liegt nicht vor, denn die hat zu ihrer Voraussetzung, daß sie den Schuldner erreicht. Aber in solchen Fällen sollen dem Klagmittheilungsversuch die nämlichen Wirkungen beigelegt werden, wie wenn es zur wirklichen Klagmittheilung gekommen wäre. Ulpian, von seinem Standpunkte aus, nennt das mora in re.

Wir thun besser daran, hier von einem Surrogate der Mahnung zu sprechen. Die versuchte Mahnung steht in solchen Fällen auf gleicher Stufe mit der wirklich vorgenommenen.

Jeder Schuldner muß sich antreffen lassen, wenn der zuständige Richter ihn sucht. Und wenn der Schuldner sich dem durch seine Abwesendheit entzieht, so läßt sich der Richter dadurch in Einleitung des Verfahrens nicht beirren. Steht aber dieses fest, so muß man auch dem Gläubiger gestatten, auf diese Weise seine Mahnung vorzunehmen. Denn es ist billig, daß eine Abwesendheit, die dem Richter gegenüber nicht schützt, auch dem Gläubiger, sofern es sich um die nachtheiligen Wirkungen der Mahnung handelt, kein Hindernis bereite: es ist billig, daß ein Klagmittheilungsversuch, der dem erkennenden Richter genügt, auch dem Gläubiger die Vortheile der Mahnung verschaffe.

An welche besonderen Voraussetzungen Ulpian seine mora in re geknüpft haben mag, gibt er nicht ausdrücklich an, wir können dies nur aus dem Zusammenhange entnehmen.

Ulpian spricht im Principium unserer Stelle davon, daß in besondern Fällen der Schuldner die ihm gemachte Klagmittheilung unbeachtet lassen könne. In solchen Fällen wird also der Prätor auch wohl regelmäßig kein Abwesendheitsverfahren eingeleitet haben. Diese Vermuthung wird dadurch bestärkt: daß zu diesen Ausnahmefällen auch das rei publicae causa abesse zählte; der Prätor aber, wenn er in einem solchen Falle einmal unwissentlich einen so Abwesenden verurtheilt hatte, aus einem solchen Erkenntnisse die Execution versagte [4]). Es wird hier überhaupt vieles vom Ermessen des Prätors abgehangen haben, zu welcher Annahme die unbestimmte Ausdrucksweise des Ulpian sehr schön paßt.

Und ist unsere Erklärung dieser Stelle überall richtig, so brauchen wir auch gar so sehr nicht nach den Einzelheiten zu forschen. Denn unter welchen Voraussetzungen heutzutage ein Klagmittheilungsversuch zur Einleitung des Verfahrens genügt, darüber entscheidet das heutige

[4]) fr. 75 de judiciis 5, 1.

Proceßrecht; und auch heutzutage ist das richterliche Ermessen hier keineswegs ausgeschlossen.

Ist dieses richtig, so werden wir weiter folgern müssen: es kommt für die Klagmittheilung gar nicht auf den Zeitpunkt an, wann der Schuldner Kunde von derselben erhält, sondern nur auf den, wann sie ihm in seiner Wohnung zugestellt wird. Wenn z. B. der Gerichtsdiener am 29. September eine Klage mit Decret in der Wohnstube des Schuldners niederlegt, der Schuldner aber, weil er verreist war, erst am 1. October davon Kunde erhält; so wirkt diese Klagmittheilung schon vom 29. September an als Mahnung.

Kommt es aber lediglich auf den Zeitpunkt der Abgabe an, ist die Gegenwart des Beklagten gleichgültig; so muß man eigentlich sagen: unser heutiges Verfahren ist nur noch ein Abwesendheitsverfahren. Und dieses Abwesendheitsverfahren wird in ähnlicher Weise, wie das Römische, heutzutage, je nach Umständen denuntiatione, litteris oder edictis eingeleitet. Und so wäre es eine ganz natürliche Entwicklung gewesen, wenn in Rom das Abwesendheitsverfahren, wie es bereits Ulpian kennt, das von Alters hergebrachte Gegenwärtigkeitsverfahren bei Seite geschoben hätte [5]).

Wenn man von dem Aufenthalte eines Schuldners keine Kunde, derselbe auch keinen bekannten Bevollmächtigten zurückgelassen hat; pflegt man heutzutage die Klage durch Anschlag an der Gerichtsstelle und öffentliche Blätter bekannt machen zu lassen. Von welchem Tage wirkt ein solcher Klagmittheilungsversuch als Mahnung? Man muß folgerichtig sagen: von dem Tage an, wo die Klage öffentlich bekannt gemacht worden. Denn die öffentliche Bekanntmachung vertritt hier die Bestellung durch den Gerichtsdiener. Und wenn die Veröffentlichung in den Zeitungen später erfolgen sollte, als der Anschlag an der Gerichtsstelle; so wird man dem Tage, wo der Anschlag erfolgte, wohl den Vorzug geben müssen.

Außer dem bisher erörterten fr. 23, § 1, de usuris pflegt man folgende Stelle hierher zu ziehen.

fr. 2 de nautico foenore 22, 2. — Pomponius libro tertio ex Plautio.

---

[5]) Vgl. Wieding, der Justinianeische Libellproceß, z. B. S. 688 fgg. und sonst.

Labeo ait, si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari trajecticiae pecuniae possit, id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet.

Labeo sagt, wenn niemand da sei, der von Seiten des Versprechers wegen des hinübergeführten Geldes gemahnt werden könne, so müsse eben das in die von Zeugen zu unterschreibende Urkunde aufgenommen werden, damit es statt des Forderns gelte.

Allein diese Stelle hat mit unserer Mahnung nichts zu thun. Sie handelt von einem Schiffsdarlehn, welches nur dann zurückgezahlt zu werden brauchte, wenn das Schiff glücklich seinen Bestimmungsort erreichte. Solchem Schiffsdarlehn pflegte vom Gläubiger ein Sclave zur Begleitung mitgegeben zu werden, der dasselbe zur Verfallzeit am Erfüllungsorte zurückzufordern hatte, qui eam pecuniam peteret [6]). Auch wurde für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung regelmäßig eine Conventionalstrafe ausbedungen, poena, uti adsolet [7]).

Diesen gewöhnlichen Fall werden wir auch hier zu Grunde zu legen, und überhaupt unsere Stelle mit fr. 9 de nautico foenore in Verbindung zu bringen haben, die ebenfalls von Labeo herrührt, und einen ähnlichen Fall behandelt.

Justinian berichtet uns: es sei eine alte Streitfrage gewesen, ob zum Verfallen der Conventionalstrafe eine Mahnung erforderlich war, oder ob bloßer Zeitablauf genüge [8]). Unsere Stelle, wie d. fr. 9, sind nun in so fern von rechtsgeschichtlichem Interesse, als sie uns anzeigen, welche Stellung Labeo dieser Streitfrage gegenüber einnahm. Im allgemeinen ging Labeo davon aus, daß gemahnt werden müsse, jedoch ließ er Ausnahmen zu: so wenn der Schuldner gestorben und dessen Erbschaft am Zahlungstage noch nicht angetreten war. Hier meinte Labeo: perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris [9]). Wäre Labeo von dem entgegengesetzten Grundsatze ausgegangen, so hätte die Hervorhebung dieses Falles gar keinen Sinn gehabt. Ebenso meint Labeo nun auch in unserer Stelle, daß dann keine Mahnung erforderlich, wenn auf Seiten des Schuldners niemand vorhanden sei, der gemahnt werden könne. Dann müsse diese

---

[6]) fr. 23 O. et A. 44, 7.

[7]) fr. 23 O. et A. 44, 7; fr. 9 de naut. foen. 22, 2.

[8]) c. 12 de contr. et comm. stip. 8, 38.

[9]) fr. 9 de naut. faen. 22. 2.

Abwesendheit des Schuldners durch eine von Zeugen zu unterschreibende Urkunde festgestellt werden, ut pro petitione id cederet.

Mommsen, S. 73 fgg., ist sich des Zusammenhanges unserer Stelle mit der Conventionalstrafe nicht bewußt geworden und hat die Stelle auch sonst unrichtig verstanden. So bezieht er z. B. „der üblichen Bedeutung der Worte gemäß" die Ausdrucksweise „testatione complecti" auf eine gerichtliche Urkunde. Mir ist diese „übliche Bedeutung" nicht bekannt: testatio ist eine von Zeugen unterschriebene Urkunde [10]).

Noch unrichtiger ist diese Stelle neuerdings von Wieding [11]) erklärt worden. Derselbe meint, interpellari könne unmöglich eine außerprocessualische Mahnung bedeuten, da dieselbe pro petitione gelten solle. Allein diese petitio ist hier nichts anders als die Rückforderung des Darlehens durch den Sclaven, der dasselbe begleitet hatte [12]); und eine solche Rückforderung war doch wahrlich nichts anders als eine einfache Mahnung. Wieding dagegen meint, petitio bedeute hier Klage, deshalb müsse interpellare ebenfalls in processualischer Bedeutung genommen werden, und die testatio sei über eine processualische Ladung aufgenommen. Es sage uns nämlich fr. 4, § 6, de damno infecto, daß die denuntiatio ex auctoritate wegfalle, wenn, wie beim foenus nauticum sehr leicht ein solcher Fall einträte, die Unmöglichkeit der Denunciation wegen Mangels des Subjects eines Denunciaten vorliege.

Weiter will ich dem Gedankenfluge Wieding's nicht folgen, vielmehr einmal ganz nüchtern den Fall vor Augen führen, wie wir ihn uns hier zu denken haben.

Zunächst mag daran erinnert werden, daß die Stelle von Labeo herrührt. Daß aber Labeo schon ein Abwesendheitsverfahren, wie Wieding es hier im Sinne hat, sollte gekannt haben, scheint kaum glaublich [13]). Diese Stelle wenigstens beweist in dieser Beziehung nicht das Mindeste.

Es wird ein Darlehen auf einem Schiffe von einem Ort zum andern gebracht. Ein Sclave wird mitgegeben, um das Geld an dem Erfüllungsort am Zahlungstage wieder in Empfang zu nehmen. Nun

---

[10]) Vgl. z. B. fr. 39, § 1, Leg. III.

[11]) Libellproceß S. 609 fgg.

[12]) Vgl. fr. 23 O. et A. 44, 7 vba: poena (uti adsolet) ob operas ejus qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta.

[13]) Vgl. v. Bethmann-Hollweg, Civilproceß, Bd. II., § 122, Anm. 1.

wird man doch weiter anzunehmen haben, daß der Darlehnsschuldner sein Domizil nicht an dem Erfüllungsorte hatte, denn dann wäre es jedenfalls gerathener gewesen, das Darlehen, das er braucht, hier aufzunehmen, statt sich mit einem kostspieligen Schiffsdarlehen zu befassen. Der Gerichtsstand, welcher hier in Betracht käme, könnte also doch immer nur der des Contractes sein. Nun wissen wir aber anderweitig, daß dieser Gerichtsstand Gegenwart des Schuldners am Erfüllungsorte zu seiner Voraussetzung hatte; dies war ja gerade der Einführungsgrund für die actio de eo quod certo loco [14]). Und selbst Ulpian ließ hier noch kein Abwesendheitsverfahren zu, sondern gestattete nur Vermögenseinweisung, die selbstverständlich ein schuldnerisches Vermögen am Erfüllungsorte zu ihrer Voraussetzung hatte. Vgl.

fr. 19, § 1, de judiciis 5, 1.

si non defendat neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur [15]).

Ferner pflegte ein solches Schiffsdarlehen von einem Sclaven begleitet und zurückgefordert zu werden. Ein Sclave konnte aber in solchen Fällen keine gerichtlichen Anträge stellen [16]).

Was dann unsern Gegenstand wieder anbetrifft, so hat Mommsen [17]) über die Sache selber folgende Ansicht aufgestellt.

Könne ein Schuldner wegen Abwesendheit nicht gemahnt werden, so müsse der Gläubiger seinen desfallsigen Willen vor Gericht erklären, und das Gericht hätte hierüber eine Urkunde aufzunehmen. Da es sich hier aber nur um eine Handlung freiwilliger Gerichtsbarkeit handle, so müsse auch ein Notariatsdocument ausreichen.

Die Stelle, auf welche Mommsen diesen Satz vornämlich stützt, fr. 2 de nautico foenore, enthält, wie wir gesehen haben, denselben nicht. Außerdem zieht Mommsen, unter Berufung auf c. 6 C. de usuris 4, 32, die Analogie der Gläubiger-Mora herbei. Schlagen wir dann bei ihm nach, was zur Begründung der Mora gegen abwesende Gläubiger erforderlich sei, so stoßen wir, S. 169, auf folgenden Satz:

„Die Voraussetzungen dieser Mora werden nach Analogie der Mora des Schuldners folgendergestalt festzusetzen sein."

---

14) fr. 1 de eo quod certo loco 13, 4.

15) Vgl. v. Savigny, System, Bd. VIII., S. 244.

16) fr. 107 R. J. 50, 17; c. 6 C. de judiciis 3, 1; fr. 53 de jud. 5, 1.

17) a. a. O. S. 73—76.

Das dürfte denn doch ein Sichdrehen im Kreise sein. Und was die angezogenen c. 6 C. de usuris anbetrifft, so ist ihr Sinn meines Erachtens dieser.

Damit ein Zinsenlauf gehemmt werde, ist regelmäßig die bloße Oblation nicht ausreichend, es muß vielmehr Deposition hinzukommen [18]). Ist aber der Gläubiger abwesend, so muß der Richter angegangen werden.

Wie man sich dann dieses Angehen des Richters, praesidem super hoc interpellare, zu denken hat, darauf kann ich hier nicht näher eingehen. Denn eine analoge Anwendung dieser Stelle auf unsern Fall dürfte um so weniger geboten sein, als es sich hier nicht einmal um ein Surrogat der reinen Oblation, sondern der mit Deposition verbundenen handelt, und das Römische Recht auf die Deposition das Hauptgewicht gelegt zu haben scheint [19]).

Ich wende mich jetzt zu den sachlichen Gründen, die Mommsen vorbringt. Er sagt S. 75:

„Fällt der Erfüllungsort mit dem Wohnort des Schuldners zusammen, so hat der Schuldner immer genügende Veranlassung, vor seiner Entfernung seine Angelegenheiten gehörig in Ordnung zu bringen, oder dafür zu sorgen, daß in der Zwischenzeit dieselben durch Andere besorgt werden. Ebenso wird, wenn die Erfüllung weder am Wohnort des Schuldners noch am Wohnort des Gläubigers stattfinden soll, in so fern der Erfüllungsort durch ausdrückliche Verabredung festgestellt ist, wie im Fall der L. 2 D. de nautico foenore, regelmäßig durch den Vertrag selbst eine hinreichende Veranlassung für den Schuldner gegeben sein, die nöthigen Anstalten zu treffen, daß die Erfüllung, sowie die Schuld fällig ist, erfolgen könne."

Was den ersten Satz anbetrifft, daß jeder Schuldner vor seiner Entfernung seine Angelegenheiten ordnen möge, so wird man denselben gelten lassen müssen. Es fragt sich nur: was sind das für Angelegenheiten? Gehören dahin auch diejenigen Obligationen, deren Beschaffenheit zufolge der Gläubiger jederzeitige Anwesenheit des Schuldners, und namentlich Anwesenheit zur Zeit der Mahnung nicht verlangen

[18]) fr. 1, § 3, fr. 7 Us. 22, 1, c. 2, 9, 19 C. de usuris 4, 32; fr. 28, § 1, de adm. et per. 26, 7. Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 346, Anm. 7. Derselbe in der Heidelb. Kritischen Zeitschrift, Bd. III., S. 273, 274.

[19]) fr. 18, § 1, Us. 22, 1.

konnte? Man wird die Frage schwerlich bejahen können. Und so kommt vielmehr alles auf den, auch von Mommsen bereits im zweiten Satze angedeuteten Gesichtspunkt an: ob der Gläubiger die Anwesenheit des Schuldners beanspruchen durfte.

In dieser Beziehung sind nun zunächst alle diejenigen Obligationen auszunehmen, wo der Schuldner sich auf zeitliche Unmöglichkeit berufen kann [20]). Gesetzt, der verreisende A deponirt eine Sache bei B. Als er von der Reise zurückkehrt, ist B ebenfalls auf ein paar Tage verreist. Jetzt müßte A nach Mommsen berechtigt sein, einen Abwesenheitsprotest zu der Wirkung aufnehmen zu lassen, daß derselbe statt der Mahnung gölte. Allein das ist sicher unrichtig. Denn wenn z. B. die deponirte Sache gestohlen wäre, ohne daß dem Depositar ein Verschulden zur Last fiele, würde die Mahnung wirkungslos, beziehungsweise durch Mahnungseinrede zu entkräften sein. Und ebenso muß auch bei zufälliger Abwesendheit des Depositars eine versuchte Mahnung wirkungslos sein, falls nicht Gegenwärtigkeit desselben besonders ausbedungen war.

Ferner scheiden diejenigen Obligationen aus, wo der Schuldner zur Geldanschaffung eine angemessene Frist beanspruchen kann. Denn wie diese Frist, wenn sie einmal läuft, durch Zufälligkeiten und Unglücksfälle erweitert wird [21]); so kann sie unmöglich bei zufälliger Abwesendheit des Schuldners im Augenblicke der versuchten Mahnung ihren Lauf beginnen.

Andererseits gibt es aber auch Obligationen, wo der Gläubiger verlangen kann, daß der Schuldner nicht anders verreise, bevor er nicht wegen deren eventueller Erfüllung Anordnung getroffen hat. Man denke z. B. an den Banquier, der Darlehen in laufender Rechnung angenommen hat, die von den Gläubigern jeder Zeit, sei es nun gänzlich oder theilweise, zurückgefordert werden können.

Hauptsächlich kommen diese Obligationen in der Weise vor, daß der Schuldner sich zu einer bestimmten Zeit treffen lassen muß, z. B. am 1. October Mittags zwischen 1 und 2 Uhr an der Hamburger Börse. Wenn in solchen Fällen die Mahnung wegen Abwesendheit des Schuldners nicht möglich, dann muß allerdings eine versuchte Mahnung gleiche Wirkungen mit einer wirklich vorgenommenen äußern.

Wie ist es nun, wenn in solchen Fällen der Gläubiger sich in

---

[20]) Vgl. oben § 47, S. 471, 472.

[21]) Vgl. oben § 49, S. 491 fgg.

der Wohnung des Schuldners einzufinden hat, aber sich nicht rechtzeitig einstellt? Er kommt z. B. am 8. October statt am 1. Steht dann eine am 8. October versuchte Mahnung auf gleicher Stufe mit einer am 1. October versuchten? Nein. Am 1. October hatte sich der Schuldner allerdings zu Hause zu halten, nur nicht so lange es dem Gläubiger beliebt.

Bei einer Wechselschuld wird man in Gemäßheit von Art. 40 und 41 einen Mahnungsversuch auch noch am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage zulassen müssen. Ein späterer Mahnungsversuch, selbst wenn er sich in die Form eines Abwesendheitsprotestes [22]) kleiden sollte, wäre indes auch hier durchaus unbeachtlich.

Ich ging oben von dem Satze aus: daß jeder Schuldner sich antreffen lassen müsse, wenn der zuständige Richter ihn suche; und daß eine Abwesendheit, die dem Richter gegenüber nicht schütze, auch dem Gläubiger kein Hindernis bereiten dürfe. Bei der einfachen Mahnung soll aber auf die Beschaffenheit der Obligation Rücksicht genommen werden, und nicht nothwendig bei Abwesendheit des Schuldners ein Mahnungsversuch gleiche Wirkungen mit der Mahnung haben. Es könnte scheinen, als ob hier ein Widerspruch vorläge.

Allein es handelt sich hier nur um eine Verschiedenheit zwischen Klagmittheilung und einfacher Mahnung; und diese Verschiedenheit ist auch mehr processualer, als sachlicher Natur.

Allerdings muß sich jeder Schuldner antreffen lassen, wenn der zuständige Richter ihn sucht; aber jeder zuständige Richter muß auch den Schuldner anhören, wenn er sich einfindet. Nun denke man sich einmal, daß eine Klage in der Abwesendheit des Schuldners in dessen Wohnung niedergelegt wird in einem Fall, wo er zur Geldanschaffung Frist beanspruchen durfte. Dies geschehe am 3. October. Am 6. October kehrt der Schuldner von seiner Reise zurück. Er bemüht sich sofort um das Geld. Es gelingt ihm, dasselbe zum 9. anzuschaffen. Sofort bietet er es seinem Gläubiger an. Der ist aber damit nicht zufrieden, sondern verlangt außerdem sechstägige Zinsen, deren Zahlung der Schuldner verweigert. Wenn nun etwa auf die Klage ein Termin zum 14. angesetzt wäre, so steht nichts im Wege, daß der Schuldner diesen Sachverhalt so vorträgt, und was er in dieser Weise vorbringt, muß vom Richter berücksichtigt werden.

---

[22]) W. O. Art. 88, Nr. 3.

Nun kann es freilich sein, daß die Abwesendheit des Schuldners über den Termin hinaus dauert, daß der Fall sich zur Anordnung einer Litiscuratel nicht eignet [23]), und daß der Schuldner während seiner Abwesendheit dem Gesuche des Klägers gemäß von dem Klagmittheilungsversuche an in Mahnungszinsen verurtheilt wird. Dann kommt es darauf an, wie die Sache liegt: ob ihm noch durch Restitution zu helfen oder nicht. Ist keine Restitution zu erreichen, dann muß sich freilich der Schuldner das Erkenntnis wie in anderer Beziehung, so auch rücksichtlich der Mahnungszinsen gefallen lassen. Der wahre Grund ist aber keine materiellrechtliche Verschiedenheit zwischen Klage und einfacher Mahnung, sondern der Umstand, daß dem Schuldner die Gelegenheit abgeschnitten wurde, seine Einwendungen rechtzeitig geltend zu machen. Daß aber einem Gläubiger auf solche Weise mehr Mahnungszinsen durch Erkenntnis zugesprochen werden können, als ihm streng genommen zukamen, ist nicht bloß da möglich, wo der Gläubiger die Klagmittheilung als Mahnung benutzt wissen will; das kann auch bei einfacher Mahnung sich zutragen, wenn eine solche z. B. vom Gläubiger behauptet wurde, während sie in Wirklichkeit gar nicht Statt fand.

So kommen wir denn zu folgendem Satze. Ob eine bei Abwesendheit des Schuldners versuchte Mahnung mit einer wirklich vorgenommenen gleiche Wirkungen habe, hängt vom Inhalt der Obligation ab. Welcher Art dieser Mahnungsversuch war: ob der Gläubiger sich der Klage oder der einfachen Mahnung bedienen wollte, ist indes gleichgültig.

Daß aber eine solche Abwesendheit des Schuldners durch eine gerichtliche oder notarielle Urkunde festgestellt werden müsse: darin kann man Mommsen unmöglich beipflichten. Wenn z. B. der Schuldner sich zu einer bestimmten Zeit an der Hamburger Börse einzufinden hatte, der Gläubiger ihn dort aber nicht trifft: so ist das genügend, um die Wirkungen der Mahnung eintreten zu lassen. Die versuchte Mahnung ist ebenso wenig wie die vollendete an eine Form gebunden.

Freilich dagewesen sein mußte der Gläubiger an der Börse. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann man im Fortbestehen der schuldigen Leistung civiles Unrecht erblicken. Das bloße Ausbleiben des

---

[23]) Vgl. Trotsche, der Mecklenburgische Civilproceß, Band I., § 96, S. 543.

Schuldners ist nicht genügend. Man kann die Sache nicht etwa umkehren und so sagen: es hätte wegen des Ausbleibens des Schuldners ja doch nichts genützt, wenn der Gläubiger auch gekommen wäre. Denn ohne positive Thätigkeit des Gläubigers entsteht hier kein civiles Unrecht [24]). Die versuchte Mahnung ist ebenso wenig wie die vollendete ein rein innerer Hergang; und deshalb ist es unrichtig, wenn Mommsen, S. 74, hierauf die Nothwendigkeit eines Protestes zurückführt.

Es mag vorsichtig gehandelt sein, wenn der Gläubiger, um sich den Beweis zu sichern, in solchen Fällen einen Abwesendheitsprotest durch einen Notar oder ein Gericht aufnehmen läßt; nöthig hat er das aber keineswegs. Auch ist der Gläubiger in dieser Beziehung keineswegs auf das für den Schuldner zuständige Gericht beschränkt; da es sich ja hier nicht um eine Handlung der streitigen, sondern der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.

Nicht einmal bei einer Wechselschuld wird, sofern die Wirkungen einer versuchten Mahnung in Betracht kommen, die Aufnahme eines Abwesendheitsprotestes erforderlich sein, obwohl derselbe in anderer Beziehung nothwendig werden kann [25]).

Von dem bisher besprochenen Falle, wo es wegen Abwesendheit des Schuldners nicht zur Mahnung kommen konnte, ist der Fall zu unterscheiden, wo der Schuldner gegenwärtig ist, aber die Mahnung vereitelt: z. B. er liest den ihm zugestellten Mahnbrief nicht, oder er läßt sich verleugnen.

In dieser Beziehung wird man von folgenden Grundsätzen auszugehen haben.

Es muß offenbar genügen, wenn der Gläubiger den Nachweis liefert, daß dem Schuldner der Mahnbrief zugestellt sei [26]). Den Beweis, daß der Mahnbrief nicht gelesen, wird man nicht einmal dem Schuldner freilassen können. Das Gegentheil würde zu den größten Unzuträglichkeiten führen. Daraus folgt: jeder, der Gläubiger hat, ist verpflichtet, die Briefe, welche er erhält, zu lesen; denn es hätten ja möglicher Weise Mahnbriefe sein können.

Ferner darf niemand, der Gläubiger hat, die Annahme von Briefen, die ihm zugestellt werden, ohne Grund verweigern. Einen Grund, die

---

24) Vgl. fr. 18 pr. de const. pec. 13, 5, und dazu oben § 11, S. 101; ferner § 13, S. 121.

25) W. O. Art. 41.

26) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 24, Nr. 196.

Annahme zu verweigern, hat er z. B., wenn die Briefe mit der Post befördert sind, und vom Absender nicht frei gemacht wurden.

Ist dieses richtig, so darf ein solcher sich auch nicht verleugnen lassen: denn wer ihn sprechen wollte, hätte ja möglicherweise ein mahnender Gläubiger sein können.

Die auf solche Weise vom Schuldner vereitelte Mahnung steht mithin auf gleicher Stufe mit einer wirklich vorgenommenen.

Ferner kann bei denjenigen Obligationen, wo eine zufällige Abwesendheit dem Schuldner nützt, eine vereitelte Mahnung in der Weise vorkommen, daß der Schuldner sich absichtlich entfernt, um den Mahnungen seiner Gläubiger zu entgehen.

Auch in der Weise ist eine vereitelte Mahnung möglich, daß der Schuldner die Klagmittheilung durch einen Bevollmächtigten abfangen läßt [27].

Endlich ist hier noch des Verzichtes auf die Mahnung zu gedenken.

Ein solcher Verzicht kann in doppelter Weise vorkommen: entweder in dem Sinne, daß der Schuldner die Leistung ohne Mahnung vornehmen, oder so, daß er sie trotz Mahnung nicht vornehmen werde.

In einem Falle, wo der Gläubiger das Geld zu holen hat, sagt er z. B. einen Tag vor dem Zahlungstage zum Schuldner: er werde morgen Mittag zu ihm kommen, um das Geld in Empfang zu nehmen; der Schuldner erklärt: er wolle ihm das Geld im Laufe des Tages wohl zuschicken. Oder der Schuldner erklärt: das sei völlig überflüssig, Geld bekäme er doch nicht.

In beiden Fällen wird die Mahnung vollständig durch den Verzicht des Schuldners ersetzt. Ohne daß es einer Mahnung bedarf, treffen den Schuldner im Falle der Nichterfüllung die Nachtheile der Mahnung.

Ein Verzicht in der Weise, daß der Schuldner trotz Mahnung nicht leisten werde, kann namentlich da leicht vorkommen, wo die Mahnung durch Kündigung vorbereitet werden muß.

Man erinnere sich hier z. B. des oben, § 18, S. 163, vorgebrachten Beispieles. Ein Kaufmann hat zehn Last Waizen von seinem Speicher verkauft; der Käufer ist verpflichtet, spätestens einen Tag vorher anzuzeigen, wann er seinen Wagen schicken werde, um das Getraide entgegenzunehmen. Wenn hier nun der Kaufmann, als er die Anzeige (Kün=

---

[27]) Vgl. oben § 23, S. 232.

digung) erhält, erklärt, er werde nicht liefern; so braucht auch der Käufer keine Wagen zu schicken [28]).

Hierher gehört ferner die Entscheidung des Berliner Obertribunals in Seuffert's Archiv, Band 20, Nr. 166, von der oben, § 12, S. 110, die Rede war.

Auch im Concursverfahren, wenn die Wirkungen der Mahnung eventuell angemeldet sind, ist ein solcher Verzicht keineswegs selten. Ich erinnere hier an das oben, § 38, S. 395, besprochene Beispiel. Eine Rostocker Maschinenfabrik übernimmt für einen Russen die Herstellung eines Dampfers. Es wird ausbedungen, daß der Russe am 16. Mai den Dampfer in Rostock in Empfang nehmen soll. Schon im Januar wird aber über das Vermögen des Rostocker Fabrikanten der Concurs eröffnet. Der Russe meldet seine Schadensersatzforderungen bereits im Januar bei der Masse unter der Voraussetzung an, daß seine Mahnung am 16. Mai wirkungslos bleiben sollte. Man denke sich z. B., der Dampfer sei bestimmt gewesen, Sommers Schiffe auf der Wolga zu schleppen. Im März beschließt das Gläubiger-Corps, den Bau des Dampfers nicht für Rechnung der Masse auszuführen. In solchem Beschlusse liegt gleichzeitig ein Verzicht auf die Mahnung. Der Russe hat keineswegs nöthig, am 16. Mai umsonst nach Rostock zu reisen.

Ein solcher Verzicht auf die Mahnung bedarf übrigens von Seiten des Gläubigers gar keiner besondern Acceptation, ebenso wenig, wie dies bei einer Fristbewilligung auf Seiten des Schuldners der Fall war [29]).

Andererseits wird man dem Schuldner im allgemeinen gestatten müssen, daß er einen solchen vor der Erfüllungszeit ausgesprochenen Verzicht dadurch, daß er rechtzeitig Leistung anbietet, wieder zurücknimmt. Es muß indes noch res integra vorhanden sein.

Man setze z B., der Käufer der zehn Last Waizen sei ein Müller, der am 4. October mit dem Mahlen des Getraides beginnen wollte. Weil nun aber der Verkäufer am 3. erklärte, er werde nicht liefern, schließt er sofort mit einem andern Kaufmann ab. Wenn hier der erste Verkäufer wirklich noch am 4. das Getraide anbieten wollte, so brauchte der Müller es nicht mehr zu nehmen, da nicht mehr res integra vorhanden.

---

[28]) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 37.

[29]) Vgl. oben § 47, S. 470.

So können denn durch einen solchen Verzicht des Schuldners auf die Mahnung die nachtheiligen Wirkungen derselben sogar verfrüht werden; ähnlich wie durch eine Fristbewilligung des Gläubigers deren Eintritt hinausgeschoben werden kann [30]).

Auch in der Weise kann sich ein Verzicht auf die Mahnung aussprechen, daß der Schuldner eine an sich ungültige Mahnung als gültig anerkennt [31]).

So hätten wir denn folgende drei Surrogate der Mahnung erhalten: den Versuch, die Vereitelung und den Verzicht.

---

30) Vgl. oben § 18, S. 160.

31) Vgl. oben § 54, S. 522 und § 55, S. 544.

Stellen-Verzeichnis.

Basilica.

Codex Justinianeus.

Codex Theodosianus.

Coll. leg. R. et M.

Consultatio V. J. C.

Digesta.

Festus.

Fragmenta Vaticana.

Gajus.

Gellius N. A.

Institutiones Justiniani.

Lampridius.

Mecklenburg-Schwerin'sche Gesetzgebung.

Mecklenburg-Strelitz'sche Gesetzgebung.

Novellae Justiniani.

Paulus R. S.

Reichsgesetzgebung.

Theophili paraphrasis.

Ulpiani fragmenta.

Zusätze und Berichtigungen.

Seite	3	Zeile	15	v. u. ist zu streichen: in poss.
„	8	„	11	v. o. ist hinter Geldforderungen einzuschalten: aus Vertragsverhältnissen.
„	35	„	17	v. o. lies aliarum statt aliorum.
„	40	„	9	v. o. lies Usucapion statt Usurpation.
„	58	„	3	v. o. lies § 1 statt pr.
„	94	„	15	v. o. lies adquisii statt adquisit.
„	127	„	9	v. o. lies ebensowenig statt edensowenig.
„	145	„	1	v. u. lies 12, 3 statt 12, 2.
„	145	„	17	v. o. lies Cujacius statt Cujarius.
„	149	„	21	v. o. ist hinter Bräutigam einzuschalten: von einem extraneus.
„	149	„	2	v. u. ist hinzuzufügen: der aber S. 250—252 eine Mittelmeinung vertheidigt.
„	194	„	5	v. o. lies Das statt Alles.
„	201	„	6	v. u. lies eynlassen statt erlassen.
„	211	„	14	v. o. ist oberhalb der Endsilbe at des zweiten renuntiat ein Strich zu ziehen.
„	215	„	7	v. o. lies Gerent statt Gerant.
„	217	„	1	v. o. lies antworten statt bemerken.
„	217	„	17	v. u. lies einen statt einem.
„	316	„	3	v. u. lies am statt als.
„	319	„	16	v. u. lies egerit statt egeret.
„	362	„	2	v. u. lies Compensation statt Compensationen.
„	474	„	7	v. u. ist fr. 5 § 1 zu streichen.
„	495	„	6	v. o. lies diei statt dies.
„	538	„	3	v. u. lies oben statt Bd. I.
„	550	„	11	v. u. lies Verkäufer statt Käufer.
„	570	„	5	v. o. lies Klagen statt Klage.